JOSEPHI PASCHALIS CYRILLI

IN REGIA NEAPOLITANA ACADEMIA
Juris Civilis Ordinarii Professoris

AD LIBRUM QUARTUM

INSTITUTIONUM CIVILIUM

COMMENTARIUS PERPETUUS

VIRO AMPLISSIMO

BERNARDO TANUCIO

CAROLI BORBONII

Regis Neapolitani a Secretis
dictus.





Excudebat NEAPOLI ex publica auctoritate MDCCXXXVIII.
Felix Carolus Musca.

VIRO AMPLISSIMO

BERNARDO TANUCIO

CAROLI BORBONII

Regis Neapolitani a Secretis

JOSEPHUS PASCHALIS CYRILLUS

S.



Uod ſerius, quam putabas, meus hic ad quartum Inſtitutionum Juſtiniani librum Commentarius prodierit, id nova, quæ te auctore ſuſcepi Studia, fecere. Quum enim in revolvendis Pragmaticorum libris multum operæ ponam meæ ad cauſſas in foro agendas animum paratu-

ratu-

raturus, multum mihi temporis dilabatur, necesse est. Ego quidem graviter & acerbe ferebam, quod non liceret mihi qualecumque hoc Opus meum tibi citius offerre: verum ut offerrem citius, facultas mea non tulit. Nunc, quoniam licet, illud tibi, Vir Amplissime, do, dico. Si quid ab Rep. otii, ut in manus aliquando sumas, oro quæsoque. Erit id certe tanti apud me, ut eo vel uno operam meam bene mihi ac feliciter cessisse dicam. Bene vale.

IN-

INSTITUTIONUM
ſeu Elementorum
D. JUSTINIANI,
Sacratiſſimi Principis
LIBER QUARTUS.
DE OBLIGATIONIBUS,
Quæ ex delicto naſcuntur. (*a*)
TITULUS I.

47. *ff.* 2. 6. C. 2.



Uum ſit expoſitum ſuperiore libro de obligationibus ex contractu, & quaſi ex contractu (*b*), ſequitur, ut de obligationibus ex maleficio, (& quaſi ex maleficio) diſpiciamus. Sed illæ quidem (ut ſuo loco tradidimus) in quatuor genera dividuntur: hæ vero unius generis ſunt; nam omnes ex re naſcuntur, ideſt, ex ipſo maleficio; veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

1 Furtum eſt contrectatio fraudoloſa, lucri faciendi gratia (*c*), vel ipſius rei, vel etiam uſus ejus, poſſeſſioniſve, quod lege naturali prohibitum eſt admittere.

2 Furtum autem vel a furvo, ideſt, nigro, dictum eſt, quod clam, & obſcure fiat, & plerumque nocte; vel a fraude; vel a ferendo (*d*); vel a Græ-

---

(a) *Quidam Charonda*, De obligationibus ex delicto.

(b) *Deſunt alibi verba* & quaſi ex contractu, *nam* contractus, *&* maleficium, *quaſi contractus & quaſi maleficium comprehendunt.*

(c) *Verba*, lucri faciendi gratia *contra Theophilum, & veteres nonnullos Codices retinui, nam & ſunt in l.1.§.3.ff.h.t., & neceſſariam furti proprietatem deſignant. V. Comm.*

(d) *V.Comm. noſtr.*

a Græco sermone, qui (e) φῶρας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt.

3 Furtorum autem duo sunt genera: manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum, & oblatum, species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui in eo loco deprehenditur, quo fit: veluti qui in domo furtum fecit, &, nondum egressus januam, deprehensus fuerit, & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto, aut vineto deprehensus fuerit. Imo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus, vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre, vel deponere rem destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

4 Conceptum furtum dicitur, quum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, quum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit: utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dedit, conciperetur; nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto Prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam, & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat: merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt: quum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

5 Pœna manifesti furti, quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.

6 Furtum autem fit, non solum quum quis intercipiendi caussa rem alienam amovet: sed generaliter, quum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur, sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi caussa commodatum sibi longius aliquo duxerit: quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem (f) equum perduxisset.

7 Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere; si se intelligant id invito domino

mino

(e) *V. Comm. nostr.*

(f) *Hanc lectionem confirmant Theophilus, & Ulp. l. 5. §. 7. ff. commod. At Cujacius in Not. post. mavult,* in Ariciam, *ex Val. Max. l. 8. c. 2. n. 4. & Symmacho l. 7. ep. 69. Ego nihil muto.*

mino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum: at si permissurum credant, extra crimen videri, optima sane distinctione: quia furtum sine affectu furandi non committatur. (g)

8 Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est, quum Titius servum Mævii sollicitaverit, ut quasdam res domino subriperet, & ad eum perferret, & servus id ad Mævium pertulerit; Mævius dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permisit servo quasdam res ad eum perferre: utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et quum nobis super hac dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo: nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram decisionem sancimus, non solum furti actionem, sed & servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, & ideo non concurrant regulæ, quæ servi corrupti actionem introducunt: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus: ne ex hujusmodi impunitate, & in alium servum, qui facile posset corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur.

9 Interdum etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.

10 Aliquando & suæ rei furtum quis committit: veluti si debitor rem, quam creditori pignoris caussa dedit, subtraxerit.

11 Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecit: qualis est is, cujus ope consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi numos excussit, ut alius eos raperet: aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet: aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit: aut ipsas fenestras, vel ostium effringit, ut alius furtum faceret: quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens, cujus gratia commodaverit.

12 Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

13 Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam caussam cadit; nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla caussa potest inter eos actio nasci.

14 Si vero ope consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur, quia verum est, ope consilio ejus furtum factum esse.

15 Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus

(g) *In libris Charondæ est*, committitur, *& initio §. seq.* sed si.

minus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire.

16 Unde constat, creditorem de pignore subrepto furti actione agere posse, etiam si idoneum debitorem habeat, quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere: adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

17 Item si fullo polienda, curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest eam rem non perire, quum judicio locati a fullone, aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ fidei emtori subrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni vero, & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam si solvendo fuerint: hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint: tunc quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti competit actio, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Idem est & si in parte solvendo fuerit fullo, aut sarcinator.

18 Quæ de fullone, & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoque, qui commodatum utendi caussa accepit, (*h*) similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem subripuit: & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem. Sed si quidem furem elegerit: illum, qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit: ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem: ita tamen, si dominus sciens rem esse subreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit: sin autem nescius, & dubitans rem esse subreptam apud eum, commodati actionem instituerit, postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire: tunc licentia ei conceditur & adversum furem venire, obstaculo nullo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem: nisi domino ab eo satisfactum fuerit; tunc etenim omnino furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit, quum manifestissimum sit, etiam si ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse subreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcunque caussæ exitum dominus adversus furem habuerint: eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.

19 Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat: sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de caussa si res ei sub-

(h) *Alibi*, utendum acceperit, *alibi*, utendi acceperit, *alibi*, utendum percipit.

subrepta fuerit: quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest, sed furti actio domino competit.

20 In summa sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat? Et placuit, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.

21 Furti actio sive dupli, sive quadrupli, tantum ad pœnæ persequutionem pertinet. Nam ipsius rei persequutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando, aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet: condictio autem adversus furem ipsum, heredemve ejus, licet non possideat, competit.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit. Omnia judicia*, scribit Cic. *pro Cæcin. c.2.*, *aut distrahendarum controversiarum, aut maleficiorum puniendorum caussa reperta sunt*. Quum igitur actum sit meo quidem judicio satis de obligationibus, quæ ex contractu vel quasi nascuntur, superest, ut de obligationibus ex delicto (*a*) disseramus. Omnes hæ obligationes ex re, id est, ex ipso maleficio nascuntur, inquit hic Trib., quæque verbis fit injuria, re etiam fieri intelligitur, hoc est, facto aliquo externo, quod tantum lege punitur, unde obligationes ex delicto dicuntur quoque obligationes ex facto, *l. actionum, §. ex facto de O. & A.*, nam *cogitationis pœnam non esse*, scriptum est *l.18. ff. de pœn.* (*b*) Maleficia seu Delicta vel privata sunt, quia privatas hominum res præcipue spectant, vel publica, de quibus in *tit.18. infr.* Privatorum genera sunt quatuor, Furtum, Rapina, Damnum, Injuria.

§.I. VI. VII. Furtum est *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve, h.§. & l.1.§.3. de furt.* Contrectare Latinis est tangere: fures autem res alienas per fraudem tangunt, unde Pacuvius apud Festum, & Laberius apud Gellium *lib.16.c.7.* fures dixere *tagaces*, & *manuarios*. Non est opus, rem auferre: satis est, eam fraudulento animo contrectare; sed necesse est tamen contrectare. Qui rem furtivam celat: qui re deposita, aut pignore utitur; qui re commodata aliter utitur, quam convenerit, non aufert, & fur est, quia contrectat *l. qui vas 48.§.1. h.t. l.14. C. eod. §.6. & 7. h. tit.* Contra fur non est, qui rem depositam vel commodatam apud se esse inficiatur, si eam dolo malo non dum contrectavit, *l. inficiando 67. h.t.* Contrectatio esse debet *fraudulosa*, nam crimina pensantur animo, *l.46. §. recte, & §. per contrarium*, & *d.l.48. §. qui ex voluntate h.t.* Adjicitur illud, *lucri faciendi gratia*; si enim quis rem alienam non lucrandi animo contrectat, is aut jocos facit, aut injuriam, *l.39. & 55. ad L. Aquil.* Proinde quod Ulpianus tradit *l.27. §. ult. h.t.*, *Si quis non amovit, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliæ, nam rupisse videtur, qui corrupit*, acci-

---

(a) *Delictum Aristoteli dicitur* συνάλλαγμα ἀκούσιον, contractus involuntarius, *5. Ethic. Nicom. c.2.* & malus contractus *Triphonino, l.52. de re judic. V. Grot. lib.2. c.30. §.2. n.3.* & *Pufendorf. lib 8. c.3. §.5.*

(b) *Rem hanc elegantissime pertractat Cl. Bynkershoek 3. Obs. 10.*

accipi de eo debet, qui interliuendo lucri caussam habuit, alioqui de damno injuria dato tenetur, *l.41.§.1. & l.42. ad L.Aquil.* Additur & illud, *vel ipsius rei, vel etiam usus* &c. nam possessionis quoq; & usus furtum fit, §.6. & 7. Demum ait Tribonianus, *Quod jure naturali prohibitum est admittere*, hoc est, ut quidam explicant, jure gentium, quo jure distincta inter homines dominia fuere. Ego malim id ad jus naturæ primævum referre, nam in prima illa rerum communione dominii loco erat possessio, unde dominia ipsa cœpisse ajebat Labeo *l.1.de adq.poss.*; possessionis autem furtum fieri, nemo est, qui neget. Confirmat id Ulpianus *l. probrum 42. de V. S., Probra quædam natura turpia sunt, quædam civiliter, & quasi more civitatis: ut puta furtum, adulterium natura turpe est. Enimvero tutelæ damnari, hoc non natura turpe est, sed more civitatis.* Nec probo Alciati interpretationem, qui ait, hanc esse Ulpiani mentem, furtum non natura, sed more civitatis turpe esse. Quis enim non videt, Ulpianum initio duo probrorum genera facere, unum eorum, quæ natura, alterum eorum, quæ jure civili sunt turpia; tum utriusque generis exempla afferre; & prioris quidem generis exempla furti & adulterii: posterioris exemplum ejus, qui tutelæ damnatur? Quod si quis furtum more civitatis turpe dicat, quod ajunt nonnulli, is idem dicat oportet de adulterio, quod tamen natura est vetitum. Non me movet, quod apud Ægyptios & Lacedæmones furta impune olim exercerentur; nam perversa nonnullarum gentium consuetudo communi omnium juri non obest, ut dictum *l.b.1 tit.2.* V. Ant. Aug. 4 *Emend.* 4.

§. II. Furtum autem vel a furvo, id est nigro dictum est, quod clam & obscure (*c*) fiat, & plerumque nocte: vel a fraude, vel a ferendo (*d*), vel a Græco sermone, qui (*e*) φῶρας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν, φῶρας dixerunt. Ita Paulus *d.l.1.de furt.* & Trib. *h.§.* Ultimam etymologiam prætero: & bene Gellius *lib.1.c.18., Sed in posteriore*, inquit, *ejus libri parte dicit, (Varro) furem ex eo dictum, quod veteres Romani furvum atrum appellaverint, & fures per noctem, quæ atra sit, facilius furentur. Nonne sic videtur Varro de fure errasse, tanquam Ælius de lepore. Nam quod a Græcis nunc κλέπτης dicitur, antiquiore Græca lingua φὼρ Græce, Latine fur est. Sed ea res fugeritne tunc Varronis memoriam, an contra aptius & cohærentius putarit, furem a furvo, id est, nigro, appellari, in hac re de viro tam excellentis doctrinæ non meum judicium est.* V. Mænag. *Amœnit.* 39.

§. III. Furtorum duo (*f*) sunt genera, manifestum & nec manifestum. Ma-

---

(c) *In l.1.pr.h.t. est*, quod clam & obscuro.

(d) *In d.l.1. est*, vel a ferendo & auferendo. *Libri Accursianorum habent*, id est, auferendo, *quam lectionem probat quoque Mænag. Amœnit.39. Verum* vel, *& recte potest explicari*, id est, *nec rara est hæc ejus particulæ significatio. Stewech. ad Veget. l.b.3.c.10. & ad Arnob. lib.2.*

(e) *Accursiani malunt, quo, id est*, quo sermone. *At præstat legere*, qui *ut in Florentinis libris, & Codice Alciati 1. Dispunct. 10. Non me movent putidi quidam Grammatistæ, qui supra Donatum non adsurgunt: nam hæc loquendi ratio, ut rara sit, habet tamen auctores suos, & quidem locupletissimos. Cajus l. qui venenum 236. §.1. de V.S.* Glandis, *inquit*, appellatione omnis fructus continetur, ut Javolenus ait, exemplo Græci sermonis, apud quos omnes arborum species ἀκρόδρυα appellantur. *V. Ant. Aug. 4. Emend. 4. Auson. Popm. de Usu antiqu. loquut. l.2. c.2. & Gerard. Noodt 1. Obs. 4.*

(f) *Cajus 3. Inst. 10. §.2. quatuor facit furtorum genera*, manifesti, nec manife-

Manifestus fur est, ait Trib., *quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant*, (g) *nec solum is, qui in furto deprehenditur, sed etiam is, qui in eo loco deprehenditur, quo fit*, ut qui non dum est domum egressus. *Imo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus, vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo perferre, ac deponere rem destinasset*, *l.3. & 5. ff. h.t.* Ex quibus patet, plus sensisse, quam scripsisse Cajum 2. *Inst.*10. §.2., ubi ait, manifestum furtum dici, *si quando fur, cujuscumque rem tollit, in ipso furto deprehenditur*. Quoniam vero inquit Trib., *fur tenens visus, vel deprehensus fuerit*, opportune hic in dubium venit, num sola visio furem faciat manifestum. Affirmare videtur Servius ad illud Virg. *Eclog. 3. v.17. Non ego te vidi?* ubi Servius, *Manifesti eum furti arguit, dicendo, vidi*; & sane Latinis manifesta dicuntur illa, quæ oculis cernuntur. Verum bene Cujac.11.*Obs*.38. ex ipso Virgilio infert, visum furem non aliter pro manifesto haberi, quam si ei fuerit a domino adclamatum, *Quo te proripis! Tene Tene. Teneto furem. Prehende furem*, aut alia simili formula. Petron. *c.*129. Plane subdit Virg.,

Et quum clamarem, quo nunc se proripit ille,
Tityre coge pecus &c.

Hoc sensu explicandum illud Triboniani, *fur tenens visus*. *V.l.* 7. *ff. h. t.* Addit Trib., *Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur*. Quod si nihil horum contigerit, fur erit nec manifestus. *h.§.*

§. IV. *Conceptum furtum dicitur*, ait Trib., *quum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita & inventa est*. Ad eundem prope modum Cajus 2. *Inst.* 10. §. 3. & Paul. 2. *sent*.31. §. 3. Ejus mentio erat in *lege* 12. *Tab.*, quam ex Gellio *lib.*11. *c.*18. sic restituit Jac. Gothofredus, *Si furtum lance licioque conceptum escit, atque uti manifestum vindicator*. Quid est autem *lance & licio furtum concipere?* Festus v. *lance* sic scribit, *Lance & licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamilias, aut virginum præsentiam*. Ex hoc Festi loco, & luculentius ex ipsis Triboniani verbis liquet, errare Alexandrum ab Alex. *lib.*6. *c.*10. Marcilium Interp. 12. Tab., & Balduinum ad *h.§.*, qui idem esse ajunt furtum concipere, ac furtum admittere. Liquet etiam errare Abr. Wielingium Diatrib. *de furto per lancem & licium concepto*, ubi furtum concipere interpretatur *vindicare*. Quoniam vero furtum certo quodam

---

nifesti, concepti & oblati. *Ita etiam Paulus* 2. *sent*.31. §.2. *Sed Trib. h. §. addit, conceptum & oblatum species potius actionis esse furto cohærentes, quam genera furtorum. Id etiam probat Cajus ipse lib.*13. *ad Edict. l.*2. *h.t., ubi duo recenset furtorum genera.*

(g) *Sic Florentinus Liber in l.*3. *de furt. Ita etiam Tribonianus* §. 3. *h. t. ac Theophilus, quam lectionem sequitur Cælius Rhodig. lib.*10. *c.*6. *At Budæus legit, αὐτόφωρον. Utraque lectio bene habet, Græci enim αὐτοφώρους dicunt non modo fures manifestos, sed omnes, qui in crimine deprehenduntur, a verbo φωρῶ, deprehendo. Tu tamen Florentinum Codicem sequere. Alciatum, qui lib. Prætermis.*2. *sic eum locum emendat*, κλέπτην φανερόν, *nihil moror, nam quid caussæ est, cur is a Florentina lectione tam longe abscedat? Apud Aristophan. in Plut. v.*455. *& Plutarchum in Lysandro, & apud alios Græcorum lectiss. mos occurrit formula*, ἐπ' αὐτοφώρῳ. *V. Ferand. Adduens. lib.*1. *Explicat. c.* 43. *Fur manifestus Plauto dicitur* manifestarius *in Trinum. act.*4. *sc.*2. *v.*50.

dam ritu conceptum fuisse, inquit hic Tribonianus, quinam ille fuerit, videamus. Alciatus 5.*Parerg.*8 Rævard.ad *Leg.*12.*Tab.*c.26., Turneb.30.*Adv.*13. Alexander ab Alex.*loco cit.*, & alii complures rem explicant ex Festo; nempe, quum quis apud aliquem furtum vellet quærere, domum intrare & scrutari solitum nudum, licio cinctum, & lancem ante oculos tenentem, juratumque Deos legum custodes, se se reperiendi spe furtum quærere. Quærenti autem tibi, quomodo concipi furtum posset, quum lanx oculis opposita vetaret, ne in rem furtivam inquireretur, respondent nonnulli, fuisse lancem duobus foraminibus terebratam: quod etiam ait Corasius *lib.*7.*Misc.cap.*3., sed ad alium finem, ut mox. Verum quis non videt, potuisse eos, qui terebratam lancem oculis obtendebant, non visos liberius videre, matrumque familias & virginum præsentiam tutius lædere? Quidquid autem sit de usu lancis, certe quod illi de corporis nuditate, & licio tradunt, id ex Græco ritu repetunt. Apud Aristophanem, ajunt, *in Nub. v.* 498. inquit Socrates, *Abi, depone tunicam*, cui Strepsiades, *An deliqui quidquam?* cum Socrates, *Minime, sed nudos nos incedere fas est*, ad quæ Strepsiades, *Atqui non furtum conceptum eo.* Ad hunc locum ita Scholiastes, *Moris erat, ut qui res furtivas quæsitum ædes cujusdam ingrederentur, intrarent nudi, ne quid sub vestibus occulentes clam ferrent, neve ex inimicitia, quod quærere se simulabant, sub tunica occultatum inferrent; dominoque falsum crimen calumniose objectarent. Hanc ob caussam ingressuri ædes etiam ad inspiciendas quærendasque res publicas, nudi ingrediebantur, ne quid occultaretur.* Utuntur etiam verbis Platonis de *Leg.*12. *Furtum requisiturus alicubi, nudus & licio incinctus, cetera discinctus, Deosque legum custodes adjurans, se inveniendi spe id facere, ita demum requirito. Dominus vero tum exhibeto domum, & in omnibus, sive obsignatis, sive minus obsignatis locis liberam furti inquirendi potestatem facito.* Corasius *loco cit.* scribit, fures alienas ædes expilaturos licium perferre solitos, quo se ad perturbandas occurrentium mentes præcingerent, nam licii ad magicas superstitiones magna vis fuit, ut constat ex Virg. *Ecl.*8. & Plin.*lib.*28.*Hist.c.*4.; lancem vero eos oculis opposuisse duobus terebratam foraminibus, ne dignoscerentur. Idem de lance opinantur Alexander ab Alex. & Marcilius: at licium fuisse autumant telam, qua fures rem furtivam adligabant. Franciscus Balduinus concepta furta explicat, quæ sub specie religionis impostores quidam licio, tanquam sacrificuli, succincti, & lancem ad colligendam stirpem circumferentes admittebant. Sed omnes hæ interpretationes in eo peccant, quod concipere furtum idem esse, atque admittere furtum, supponunt. Ego verosimilius arbitror, quod censet Cl. Vir Johannes Vande Water 2.*Obs.*1. Ait is, rei furtivæ dominum in perscrutandis ædibus ejus, apud quem latere furtum resciverat, secum tulisse, aut ferri jussisse *lancem*, in qua certa pecuniæ summa reposita erat in præmium ei, qui rem furtivam indicaret. Licium vero erat cingulum diversi coloris, *quo transverso lictores & quicumque Magistratibus preministrabant, cincti erant. Illud licium transversum etiam limum appellabatur, hinc enim lictores dicti sunt.* Gell.*lib.*12.*c.*3. Quoniam igitur domus cuique tutissimum erat refugium, hinc rei dominus alienas ædes ingressurus comitem sibi lictorem a Magistratu petebat: & lictor lancem præferens, & licio cinctus in signum publicæ autoritatis domum intrabat: quæ omnia etiam tradiderat Petrus Pithæus *lib.*1.*Adversf.subsec.cap.*2. Ad rem expendit Water locum Petronii de ritu perquirendi servi, qui in fuga est, *Satyr. c.*97. *Nec longe a pracone Ascyltos stabat amictus veste discoloria, (licio) atque in lance argentea indicium, & fidem praferebat*; ubi *vestem discoloriam* interpretatur licium, *fidem* vero, quam Petrus Burmannus esse ait diploma a Magistratu lictori datum, ut sic publicis litteris mu-

munitus libere posset alienam domum ingredi, exponit is *præmium inventionis*, quod ideo *fides* dicitur, quia in lance argentea prælatum fidem facit inventori, sibi non aureos, ut ajunt, montes promitti, sed præsentem pecuniam offerri. Quoniam vero Petronius inquit, *indicium & fidem*, addit is, particulam *&* accipiendam esse pro *seu*, *tanquam*; sicque *indicium* per *fidem* explicari. V. plura apud laudatum Water. Hunc ritum, ut colligere licet ex Gellio *lib. 16. c. 10.*, sustulit lex Æbutia, quæ nec certum auctorem, nec certum tempus habet. Ludovicus tamen Charondas hoc nobis fragmentum dedit, LUCIUS ÆBUTIUS TR. PL. VIR POPULARIS LEGEM TULIT AD POPULUM, UT XII. TAB. CAPITA, QUÆ INUTILIA ESSENT REIP., TOLLERENTUR, QUÆ LEX MULTIS CONTRADICENTIBUS TANDEM ROGATA EST. V. Pitiscum in Lexic. Advertendum hic est, quod Gellius ibidem monet, furtum per lancem & licium conceptum, fuisse, tanquam manifestum, a Decemviris vindicatum; quod sic intelligit Janus a Costa, modo is, apud quem conceptum fuerat, rem esse furtivam novisset. Tum Prætor concepti furti pœnam statuit triplum, ac postremo duplum, quæ erat pœna furti nec manifesti. V. Gell. *lib. 11. c. 18.* Sublato autem lancis & licii usu, aliam inquirendi furti rationem Prætor induxit, nempe quam describit *h. §.* Tribonianus, ubi *conceptum* furtum dicitur, quod apud aliquem testibus præsentibus quæsitum est & inventum. Quousque vero mos ille vetus invaluit, erat & actio furti oblati. Solebant enim quandoque fures rem furtivam alteri offerre, ut apud eum potius furtum conciperetur: quo casu oblati agebat is, penes quem res concepta & inventa erat, eaque actio adversus eum, qui obtulerat, etiamsi is fur non esset, *tripli erat pœna, & ipsius rei repetitio.* Paul. *2. sent. 31.* Gell. *lib. 11. c. 18.* Erant quoque olim actiones furti prohibiti, & furti non exhibiti, non ex jure 12. Tab., sed ex Edicto Prætoris profectæ, quarum hæc adversus eum erat, qui furtum jam conceptum non exhibuerat: illa adversus eum, qui concipere furtum volentem prohibuerat. Actio furti non exhibiti erat in duplum, quo spectat illud Plauti Pœn. *act. 3. sc. 1. v. 60.*

Ille negabit, Milphionem queri censebit suum,
Id DUPLICABIT omne FURTUM.

De furti prohibiti pœna nihil constat. *Omnes hæ actiones*, inquit Trib., *in desuetudinem abierunt.*

§. V. Potissima igitur furtorum divisio hæc est, ut quædam manifesta sint, quædam nec manifesta. *Pœna manifesti furti*, ait Trib., *quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.* Quadruplum est ex Edicto (*h*) Prætoris, *l. 34. de furt.*, quod totum pœna est, nec rei æstimationem con-

(*h*) *Quid autem juris fuit ante Prætorem? Id enarrat Gell. lib. 11. c. 18.*, Decemviri nostri . . . furem, qui manifesto furto prehensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, quum faceret furtum, nox esset, aut interdiu se telo, quum prehenderetur, defenderet. Ex ceteris manifestis furibus liberos verberari, addicique jusserunt ei, cui factum furtum esset, si modo id luci fecissent, neque se telo defendissent: servos item furti manifesti prehensos verberibus affici, & e saxo præcipitari: sed pueros impuberes Prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri. *Quæ fere omnia in fragmentis 12. Tab. extant Tab. 2., ad quam v. Gothofredum, Marcilium, & alios. Prætor vero quadruplum substituit post latam a C. Pætelio, & L. Papirio Consulibus an. 427. legem Pæteliam Papiriam de nexu, qua vetitum, ne civium*

continet. Paul.2.*sent*.3.§.13. (*i*) Duplum vero non ex Edicto Prætoris, ut visum Eguinario Baroni, sed ex legibus 12. Tab., sic enim scriptum erat Tab.2., SI ADORAT FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ESCIT, DUPLIONE DECIDITO. Verum quid illud est, *adorat furto*? Marcilius legit, *adulat*, vel, *adolat*, hoc est *fallit*. Satius est cum Jac. Gothofredo Festum sequi v. *adorare*, ubi, *Adorare*, inquit, *apud antiquos significabat agere*. *Unde & legati oratores dicuntur, quia mandata populi agunt*. Igitur *adorare furto* est *furti agere*. Deinde furum inopia fecit, ut criminaliter contra eos extra ordinem ageretur, *l.ult.de furt.*, ac tandem Justinianus pœnam fecit arbitrariam, *Nov*.134. *c.ult*.

§. VIII. Volenti domino furtum non facimus, licet furandi animum habeamus, hoc est, putemus, rem invito domino adtrectari, *h*.§., vel potius furtum quidem facimus, sed furti actio non datur, ut scribit Pomponius *l*.46. §.*pen.de furt*., quod cum Christiana Theologia, & naturali Philosophia consentit, peccata enim animo æstimantur. Apposite Cicero *lib*. 3. *de Off*., *Aliter Leges, aliter Philosophi tollunt astutias: Leges, quatenus manu res tenere possunt: Philosophi, quatenus ratione & intelligentia*. Interdum tamen jure civili actione furti tenetur is, qui rem volente domino contrectavit. Finge, Titius servo Mævii auctor fuit, ut rem domino subriperet, & ad se perferret. Servus domino consilium aperuit. Mævius, quo posset furtum apud Titium concipere, permisit servo, ut rem ad illum deferret. In hac specie a veteribus disputatum est, nam alii Mævio dabant adversus Titium solam furti actionem: alii solam actionem servi corrupti: alii neutram: alii utramque, *h*.§.*& l*.20. *C.de furt*., ad quam vide Merillium. Justinianus in *d*.*l*.20., quæ una est ex quinquaginta ejus Decisionibus, ultimam opinionem probavit. Et quamquam re vera nec furtum admissum sit, quia res non invito domino contrectata est, nec servus deterior factus, quia is & rem domino patefecit, & voluntate domini rem ad Titium pertulit; dedit tamen Justinianus & furti actionem propter dolum, & actionem servi corrupti, quia Titius, quantum in eo situm erat, jam servi fidem conatu suo attentaverat, neque una actio alteram tollit, quia non ex eodem facto utraque nascitur, *l*.2. *de priv. delict*. Duo hic habes exempla, alterum doli boni in Mævio, *l*.1. §.3. *de dol. mal*., alterum ejus, quod vulgo traditum est, quandoque solum conatum sine effectu puniri. Servius ad Virg.6.*Æneid*.*v*.624., *Dicit secundum Romanum ritum, in quo non tantum exitus punitur, sed & voluntas*.

§. IX. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sit, subreptus fuerit, *h*.§., quo casu palam esse ait Ulp. *l*. 14. §. 14. *de furt*., *patrem habere furti actionem*. Quid autem continet hæc actio? Cujacius 21. *Obs*. 20. ait, non competere patri actionem furti, quasi jure dominii, si nihil ejus intersit: competere vero, si patris intersit ob lucra adquisitionum, quæ patribus per filios obveniunt, itaque accipit, *l*. 14. §. 13. *de furt*. Quæ est communis prope interpretum opi-

Romanorum corpora addicerentur. *Liv.lib*.8.*c*.28. *& post legem Porciam a Portio Laeca Tribuno Pl. latam an*. 454., *quæ* pro tergo civium lata *dicitur Livio lib*. 10.*c*.9., *quod* virgas ab omnium civium Romanorum corpore amovit, *ut loquitur Cic. pro Rabir. c*.4.. *De pœna furum apud diversas gentes vide Ferandum Adduensem lib*.2. *Explic. c*.34.

(*i*) *De Quadruplo v.Paganin.Gaudent.lib.1 Juridic.Exposit.c.*20.

opinio, cujus ea est ratio, quod liber homo nullam recipit æstimationem; *l.1. §. 5. de his, qui effud. l. 3. si quadrup. paup.*, ut proinde, si qua lucra filio subrepto intercepta sint, ea dumtaxat multiplicentur. Verum Hotomanus furti actionem dat patri, etiamsi nihil interfuerit, dummodo potuerit interesse: quod ego verum puto, nam Ulpianus generaliter inquit *d. l. 14. §. 13.*, *Si filiusfam. subreptus sit, patrem habere furti actionem, palam est*. Arbitratur autem Hotomanus, hanc actionem esse ex numero earum, quæ quum ex delicto vel quasi delicto proficiscantur, certam tamen ac definitam summam non continent, sed id demum postulant, quod judex æquum bonum censuerit: sicque in specie subrepti filii patrem permissu judicis hanc injuriam pecuniariam æstimare, ita tamen, ut liberum sit judici, summam ex bono & æquo moderari, juxta ea, quæ de actione injuriarum dicenda sunt suo loco. De publico judicio legis Fabiæ dicemus infra. (*l*)

§. X. Aliquando & suæ rei furtum quisque committit: veluti si debitor rem, quam creditori pignoris caussa dedit, subtraxerit, *h. §. & l.19. §. 5. h.t.* Verum quid rei est hoc? *Nemo suam ipsius uxorem adulterat, neque suum parietem perfodit, neque res suas furatur*, inquit Arist. *Eth. ad Nicom. c.85.* Certe minus proprie dicitur, debitorem, qui creditori pignus subtrahit, rei suæ furtum facere, nam proprie is furtum facit possessionis, si hæc sit in creditorem translata; quod si non sit, furtum is facit ejus juris, quod in re pignorata creditor habebat, *l.19.§.ult. l.66.pr.eod. l.6.C.pro emt.*

§. XI. & XII. Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecit: qualis est, cujus ope consilio furtum factum est, puta si quis tibi numos excussit, ut alius eos raperet: aut tibi obstitit, ut alius rem tuam exciperet. Idemque veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum, taurus enim ferre pannum rubrum non potest. *Ovid. 12. Met.*

> *Haud secus exarsit, quam circe taurus aperto,*
> *Quum sua terribili petit irritamina cornu,*
> *Phœniceas vestes.*

Pertinet huc præclarus Tullii locus *de Div. 2.* de tauro immolato, cujus cor non est inventum, *Tu vero quid habes, quare putes, si paullo ante cor fuerit in tauro opimo, subito id in ipsa immolatione interiisse? an, quod adspexit vestitu purpureo excordem Cesarem, ipse corde privatus est?* Quem Tullii locum ex hoc Triboniani loco intellexisse se, inquit Hotomanus. Si quid autem eorum non ut furtum fieret, sed per lasciviam factum sit, in factum actio dari debet, quæ famosa non est, quum furti actio famosa sit, *tit. ff. de his, qui not. inf.* Utrum vero ea verba, *ope consilio*, conjunctim accipienda sint, an separatim, quæsitum est. Sabinus ea conjunctim accipiebat, *l. 36. §. 2. de furt.* Sed Labeo, ut erat ingenio libero, ita hæc verba contra veterum sententiam accipic-

(*l*) *Sed an potest pater subreptum filium vindicare? Nihil esse ea de re dubitandum videtur, nam jure Romano filiifamilias* servi loco sunt parenti, *ajebat Servius ad 12. Æneid.; unde & poterant occidi, l.in suis de lib.& post. & noxæ dari §.ult. infr.de noxal. & tanquam servi alapis, & vertigine manumittebantur, ut dictum lib.1. tit. 12. §. 6. V.Meril.1.Obs.40. Ulpianus autem l.1.§.2.de rei vind. scribit, liberos, qui sunt in potestate non vindicari, nisi forte adjecta caussa vindicentur, hoc est addito eo*, ex lege Quiritium, *vel*, ex jure Romano. *Quid ita? Quia filiusf. non natura, sed ex sola juris civilis subtilitate sub dominio est patris.*

cipiebat, satisque esse arbitrabatur, alterutrum dedisse, sive consilium, sive opem, hinc in multis Pandectarum locis est, *ope consiliove*, *l.6. de cond. furt.* *l.50. §.pen. l.12. pr. de furt.* Hanc opinionem probare videtur Paulus 2. *sent. 31.* §.10., ubi, *Non tantum*, inquit, *qui furtum fecerit, sed etiam is, cujus ope* (male nonnulli Cod. habent, *opera*) *aut consilio furtum factum fuerit, furti actione tenebitur*. At in *l.53.§.1. de V.S.* ait, *post veterum auctoritatem eo perventum esse, ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit: nec consilium habuisse noceat, nisi & factum sequutum fuerit*. Tu sic habe. Qui consilium tantum furandi dedit, puta, qui hortatus est ad furtum faciendum, is furti non tenetur, §.12.*h.t.* Qui ad furandum impellit, atque instruit viam, certamque rationem designat, is tenetur furti, nam hoc non simplex consilium est, licet quandoque etiam consilium dicatur, quia facto ipso opponitur; unde Ulpianus *l.in furti 50.§.pen.de furt.* ait, consilium dare videri, *qui persuadet, & impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum*. Si consilium hoc sensu accipias, verum est, alterutrum sufficere, sive opem, sive consilium tantum, modo factum ipsum sequutum sit, ubi enim nulla est contrectatio, ibi nullum furtum intelligitur. V. Vin. hic.

§. XIII. & XIV. Contra nonnunquam fit, ut furti actio in eum non detur, qui re vera furtum admisit; qui enim sub potestate sunt patrum vel dominorum, contrectando furtum faciunt, actione tamen furti non tenentur, §. 13. *h.t.*, cujus rei rationem tradit Paulus *l.16.de furt.*, *Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est: quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus*. Sed si hæc ratio locum habet, non video, quomodo possit pater agere actione rerum amotarum, *l.si quis uxori*, §.*sed si filius*, *de furt.* Quod nonnulli ajunt, ideo actionem cessare, quia filiifam. nihil proprium habent, unde pater duplum consequatur; est sane ridiculum; potest enim pater ex castrensi, vel quasi castrensi peculio rem deducere, quæ sibi abest, *l.52.§.5.ff.h.t.* Præstat dicere, actionem contra servos non dari, quia possunt domini in eos domi animadvertere: pro filiisfamilias autem est peculiaris illa ratio, quod turpe sit, filium a patre tanquam furem conveniri. Licet autem nec filius nec servus furti teneantur, recte tamen tenentur ii, quorum ope consilio furtum factum est. §.14.*h.t.* ubi vides, furem furti non teneri, at teneri tamen non furem.

§. XV. XVI. XVII. XVIII. Regula juris est, *Cujus interfuit non subripi, is actionem furti habet*, *l.10.de furt.* Est & altera juris regula, *Tum is, cujus interest, furti habet actionem, si honesta caussa interest*, *l. 11. eod.* Hinc bonæ tantum fidei possessor furti agit, *l.itaque fullo 12.§.1.h.t.* Competit igitur furti actio creditori, si subreptum sit pignus, etiamsi idoneum debitorem habeat, adeo ut quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, tamen creditori detur actio, §.16.*h.t.* & *l.12.§.2.h.t.*, quum quia pignore amisso potest is a debitore conveniri; tum quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere, *l.plus cautionis 25.de R.J.* Lepide Martial. *lib.12.Epigr.*

Quum rogo te numos sine pignore, non habeo, inquis,
Idem, si pro me spondet agellus, habes.
Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali,
Credis colliculis, arboribusque meis.

Agit etiam furti conductor, ut ecce, si fulloni vel sarcinatori polienda curandave, aut sarcienda vestimenta dedi certa mercede, eaque furto amittantur, fullo ipse vel sarcinator actionem habet, non ego; quum enim uterque custodiam præstare debeat, *d.l.12.*, possum ego actione locati agere, §.17. *h.t.* sicque fullonis, vel sarcinatoris interest, rem non fuisse sublatam. Quod tamen

ita

ita procedit, quum fullo, aut sarcinator solvendo est. Si enim tanta sit inopia, ut frustra vestimentorum æstimatio expectetur; tunc mea interest, rem salvam esse, quia *qui nihil habet, quod perdat; ejus periculo nihil est*; ac proinde ad me redit actio, *d.l.12.pr.h.t.* Idemque dicendum, si fullo, vel sarcinator pro parte sit solvendo, *d.§.17.*, nam *solvendo esse nemo intelligitur, nisi qui solidum potest solvere*, *l.114.de V.S.* Datur præterea furti actio emtori bonæ fidei, si res, quam bona fide possidet, subripiatur, licet non sit dominus, *d.§.17.*, modo res sit tradita; nam si adhuc penes venditorem erat, quum subl ata est furto, venditor aget, quia emtor nec dominus est, nec possessor, *l.eum, qui 14. de furt.* Quæ de fullone & sarcinatore dicta sunt, eadem de commodatario dicenda esse Veteres existimabant. Nam ut fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita & is, qui utendum accipit, §.18.*h.t.* Atque hanc fuisse jam pene communem veterum sententiam, liquet ex *l.5.in fin. l.6. & l.7. ff. commod. d.l.14.§.14. & seqq ff.de furt. l.si uxori 28. ff. rer. amot.*, modo & is esset solvendo, *arg.d.l.12.pr.* Sed multa erant, quæ olim in diversas partes differebantur. Et primum quidem illud, an, si commodatarius tempore furti solvendo erat, tum vero, antequam furti ageretur, cœpit esse non solvendo; an, inquam, actio ad dominum rediret. Deinde etiam illud, an commodatarius, qui duplum aut quadruplum, remque ipsam à fure recepit, omnem condemnationem deberet domino restituere. Qua in re non sibi constitit Papinianus, primum enim omne lucrum domino dedit, cui sententiæ subscriptum est in Basilic.*lib.60.tit.6.*, tum in contrariam Sabini sententiam abiit. Hæc late persequitur Merillius ad *l.ult.C.de furt.*, quæ una est ex 50. Decisionibus Justiniani: & quoniam multa veteris controversiæ extant vestigia in libris juris, ea Cl. Vir detegit omnia, & colligit *c.13.* Justiniani autem Decisio hæc est. Is furti actionem non commodatario dat, sed domino; neque enim eodem jure censeri debere opinatur eum, qui aut mercedem præstat, aut operam, & commodatarium, qui rem gratuito utendam accipit: atque ita actionem furti dat domino, ut nihilominus possit is, si id malit, contra commodatarium agere judicio commodati. Sed facta tandem actionis optione, nullus est reliquus pœnitentiæ locus, nisi dominus ignorans, rem esse subreptam, contra commodatarium egit: nam in hac specie, nisi ei sit a commodatario satisfactum, poterit, actione commodati remissa, ad actionem furti redire. Jam fure electo commodatarius omnino liberatur, at electo commodatario, fur etsi non teneatur domino, tenetur tamen commodatario, qui satisfecit, *d.l.ult.C.de furt.* Quod ad depositarium facit, quoniam is custodiam non præstat, sed dolum; si res forte ei subrepta sit, quia restituendæ ejus rei onus non habet, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest, sed aget dominus, §.18.*h.t.* Non me commovet Quintilianus *declam.361.* ubi depositarius contra furem agit in quadruplum, nam præterquamquod declamationes sunt ficta quædam themata, quibus adolescentes veris caussis præludunt, forsan loquitur de eo depositario, qui vel omnem culpam suscepit, vel pretium depositi, ut in §. 2. *tit.seq. & l.2.§.24.de vi bon.rapt.* Ex his confice, Regulam juris, eum furti agere, cujus interest, rem salvam esse, licet dominus non sit; non ad eos omnes pertinere, quorum interest, quocumque tandem modo intersit; rem non subripi, nam emtoris interest, rem venditam nec dum traditam non auferri, & tamen non agit, §.3.*sup.de emt. l. 14. pr. & l.80. h.t.*; sed ad eos tantum, qui rem suo periculo jussu dominorum tenebant, ut proinde ab iis possent culpæ nomine conveniri: quod laudata exempla confirmant.

§. XIX. Illud quæsitum esse, ait hic Trib., an impubes rem alienam amovendo furtum faciat, Et *impuberem furtum facere posse, si jam doli capax sit*, *Julia-*

Julianus libro vicesimo secundo Digestorum scripsit, *l.23. ff.h.t.* Doli autem capax dicitur impubes, quum proximus pubertati est, qua ætate plerumque impuberes intelligunt se delinquere, *h.§.*, furtum enim ex affectu consistit, & in delictis non factum quæritur, sed caussa faciendi, *l.39. ff.eod.* Caussa vero faciendi furti, quæ lucrum, & avaritia est, in impuberem non dum pubertati proximum cadere non solet. Lege 12. tab. impuberes, qui furtum fecissent, arbitratu Prætoris cœdebantur, sicque noxam sarciebant. Plin. *lib.18. c.3.* Gell. *lib.11.c.ult.*

§. XX. & XXI. Denique ait Trib., furti actionem sive dupli, sive quadrupli tantum ad pœnæ persequutionem pertinere. Quod idem scriptum est in *l.si pignore 54.§.3.h.t.* & *l.7.§.1.de condict.furt.* Nam ipsius rei persequutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando, aut condicendo potest auferre. Cujus rei consectaneum est, alteram altera non consumi, quia una pœnam, altera rem ipsam persequitur, *d.l.7.§.1.* Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet, regula enim juris est, *in rem actionem semper adversus eum esse, qui rem possidet*, *l.actionum 25.de O.& A.* Condictio autem adversus furem ipsum, heredemve ejus, licet non possideat, *l.5.de cond.furt.* Dixi, *adversus furem ipsum*, hoc est, adversus eum, qui contrectavit, *proinde & si ope consilio ve alicujus furtum factum sit, condictione non tenebitur, & si furti tenetur*, Ulp. *l.6. de cond. furt.* Sed quid caussæ est, cur furti actio in heredem non detur, nisi contestata lite cum defuncto, *§.1.infr.de perp.& temp.act.*; condictio autem competat etiam in heredem, quum utraque ex maleficio descendat, *l.2.3. 5. & 9. de cond. furt. l. 10. §.2.de compens. l.3.§.pen.de pecul. l.21.§.pen.rer.amot. l 36.de O.& A.*? Discrimen in eo est positum, quod hæc, etiamsi ex maleficio descendat, rei tamen habet persequutionem, ut ait Ulp.*l.7.de cond.furt.*, illa vero & ex maleficio descendit, & pœnalis est, *§.1.infr. de perp. & temp.act.* De eo disputant Interpretes, num furtiva condictio adversus heredem detur in solidum, an pro ea tantum parte, quæ ad eum pervenit? Dari in solidum apertissime scribit Ulp.*l.9.de cond.furt.*, *In condictione ex caussa furtiva non pro parte, quæ pervenit, sed in solidum tenemur.* Miror sane, qui fieri potuerit, ut post hæc Ulpiani verba res in dubitationem adducta sit. At vero Cujacius *7.obs.37.* contendit, condictionem furtivam contra heredem in solidum non dari, de Ulpiano autem sic addit, *hic sane ad tempus subsistere libet.* Verum quis dedit Cujacio subsistere, ubi apertissima est juris definitio, neque alius obstat locus juris? Certe is non Jurisconsultum Jurisconsulto opponit, sed argumenta quædam a simili ducta, quæ, ut plerumque sunt argumentationes a simili, levia esse ostendit Merillius *7.obs.5.* Ait Cujacius, si filius furtum fecerit, patrem non in solidum de peculio teneri, sed quatenus ad eum pervenit, *l.3.§.pen.de pecul.*: pater autem per omnia eodem jure cum herede censetur. Respondet Merillius, non eandem esse patris caussam & heredis: hic succedit in odium furis, ut in jus universum: ille nec in odium filii, nec in jus universum succedit. Ait Cujacius, heredem mulieris teneri ex condictione rerum amotarum, *sicut condictionis nomine ex caussa furtiva*, ut loquitur Paulus *l. 6. §. 4. de act. rer. amot.*; heredem vero mulieris pro ea parte teneri, quæ ad eum pervenit, *l.ult.C.eod.* Respondet Merillius, condictionem furtivam ex peculiari caussa, hoc est, odio furum introductam fuisse, ut dicitur in *§. sic itaque, infr. de act.*; unde locum habet etiam re extincta, perinde ac si extaret: at condictionem rerum amotarum ex naturali æquitate competere, ne mulier cum damno viri locupletetur, *l.rerum 25.de act.rer.amot.*, quare, si res non extet, adversus heredem mulieris non datur, nec naturalis æquitas patitur, ut ultra id teneatur,

quod

quod ad eum pervenit. *Tò* igitur, *sicut*, quod est apud Paulum, non ex omni parte similem facit condictionem rerum amotarum condictioni furtivæ. V. etiam Cujac.13.*obs*.37. & Merill. Variant.ex Cujac.*lib*.1.*c*.21.

DE VI BONORUM RAPTORUM. (*a*)

TITULUS II.

47. *ff*. 8. 9. C. 33.

QUi vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: & est intra annum quadrupli, post annum simpli: quæ actio utilis est, etiam si quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, (*b*) sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo inest & rei persequutio, ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.

1 (*c*) Ita tamen competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam: melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere, vel rem mobilem, vel se moventem, licet suam eandem rem existimet. Sed si quis contra statuta principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere; sin autem aliena sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt: sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt, ut ex hac caussa ab omni rapina homines abstineant.

2 In hac actione non utique exspectatur (*d*), rem in bonis actoris esse: nam sive in bonis sit, sive non, si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignorata, sive deposita

---

(a) *Alibi est*, de bonis vi raptis.

(b) *Apud Theophilum, & in omnibus Charondæ adduntur hæc*, & extra pœnam rei persequutio.

(c) *Primum hujus §. comma in manuscripto A. Contii sic est*, Quia tamen ita competit actio, si dolo malo quisque rapuit, qui aliquo &c. *Testatur etiam Cujacius, pro his verbis, quibus comma clauditur*, absolvi debet, *reperisse se in vetustissimo suo Codice*, absolvi de pœna rapti, non de re debet. *Sed certe ea sunt alicujus interpretamentum, inque textum per incuriam irrepserunt*.

(d) *Quidam manuscripti Charondæ, & editi habent*, spectatur: *Ulp.l.2.§.22. his*, spectamus.

ea sit apud Titium, sic, ut intersit ejus eam rem (e) non auferri, (veluti si in deposita re culpam quoque promisit;) sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut intersit ejus non rapi, dicendum est, ei competere hanc actionem, non ut dominium accipiat; (f) sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, idest, quod ex substantia ejus sublatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus caussis furti actio competit in re clam facta, ex eisdem caussis omnes habere hanc actionem.

(e) *Elegantius deesse negationem in quodam MS. ait Contius. Certe deest in Dionysiano Charondæ. Vulgo additur*, per vim: *sed obstat Theophilus, veteres libri, & Pandectæ.*

(f) *Theophilus videtur legisse*, rapta, *ut etiam habent nonnulli Codices.*

COMMENTARIUS.

PR.*Tit.* Furatur, qui rem domino ignoranti clam aufert: rapit, qui per vim, & palam aufert scienti & invito, *l. 3. §. 5. de incend. ruin. naufrag.* Hinc Plaut.*Epidic. act.1.sc.1.*

TH. *Minus jam furtificus sum, quam antehac.*
EP. *Quid ita?* TH. *Rapio propalam.*

Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti, quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideo recte scriptum est, eum furem esse improbiorem, *h.pr.& l.2.§.10.ff.eod. l.14.§.12. quod met.ca.* (a) Hinc olim raptor actione furti conveniebatur, donec Prætor peculiare judicium dedit Edicto illo, SI CUI DOLO MALO HOMINIBUS COACTIS DAMNI QUID FACTUM ESSE DICETUR, SIVE CUJUS BONA RAPTA ESSE DICENTUR: IN EUM, QUI ID FECISSE DICETUR, EI INTRA ANNUM, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT, IN QUADRUPLUM, POST ANNUM IN SIMPLUM JUDICIUM DABO. ITEM SI SERVUS FECISSE DICETUR, IN DOMINUM JUDICIUM NOXALE DABO. Ulp *l.2.pr.ff.h.t.* Sed peculiaris hæc actio actionem furti non sustulit, nam Trib. *h.pr.* inquit, teneri etiam furti eum, qui res alienas vi rapit: furti, inquam, sive manifesti, sive nec manifesti, quum neque Tribonianus hic, neque Ulpianus *l.2. §. rerum raptarum, ff.eod.* inter manifestum, & nec manifestum furtum distinguat. Non obstat Paulus *l.1.h.t.*, ubi, *Qui rem rapuit, & furti nec manifesti tenetur in duplum, & vi bonorum raptorum in quadruplum*. Intelligendus est enim de eo, qui in ipso delicto non deprehenditur. Ne tamen putes, cogi eum, cui res per vim est erepta, furti agere, nam in ejus arbitrio est, utra potius velit actione experiri, furti ne, an bonorum raptorum, *l. 52. §.fin. de furt., Sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti actio: si ante furti actum*

(a) *Contrarium placuisse video Aristoteli in Rhet.ad Alex.c.12., ubi*, Pejora, *inquit*, mihi videntur fures, quam raptores admittere. Nam fures clam, raptores aperte rem auferunt. *V.Grot. in fl.sparf. ad h.t.*

actum sit, non est illa deneganda, ut tantum id, quod amplius in ea est, consequatur, Paulus *ibidem*. Est hæc actio annua, utpote Prætoria, estque post annum in simplum, intra annum in quadruplum, quod tamen non totum est pœna, sicut quadruplum furti manifesti, sed in quadruplo ipsius rei persequutio includitur, *pr.h.s.* & *d.l.1.pr.* Hinc vero perperam colligunt nonnulli, raptorem mitius puniri fure manifesto, nam Prætor optionem vim passo dedit, num vellet adversus raptorem deprehensum furti manifesti actionem instituere, an eo non deprehenso in triplum agere, vel post annum in duplum, quasi adversus furem, *l.52.§.fin. de furt.* (*b*)

§. I. Dedit Prætor hoc judicium in eum, qui dolo malo rapuit, *l.2. h.t.*: quoniam autem dolus in animo consistit, perspicuis *insidiis* probandus est, *l.dolum, C.de dol.mal.*, ita enim ibi legendum putat Borcholten, non, ut vulgo legitur, *indiciis*: quod patet ex *l.si voluntate, C.de rescind. vend.* Mala quidem fides, ait is, probatur indiciis, *l.pen. C.de evict.*, at dolus perspicuis insidiis probatur. Quo respexisse videtur Florentinus in *l. ea, quæ, de contr. emt.*, ubi dolum malum in eo esse ait, qui insidiose dissimulat. Eoque sensu *insidias* accipiunt Imp. in *l.2.C.si advers. vend.*, & Donatus in *Phorm. Terent.* Si quis igitur suam esse rem existimans, & imprudens juris ea mente rapuit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre, absolvi debet, nec furti tenetur, *h.* §. Sed quia pessimi res est exempli sibi ipsi jus dicere, & nil adeo inimicum juri, quam vis, *l.176.de R.J. l.14. C.de Judæ.*, hinc qui eo ductus errore vi rapit rem mobilem, vel se moventem, quæ sua est; ejus dominio cadit: quod si aliena sit, eam reddit, & præterea æstimationem præstat: quod Divalibus Constitutionibus cautum ait Tribonianus *l.13.ff.quod met.causs. l.7. C.unde vi*; idque etiam obtinet in rebus soli, licet rei tantum mobilis rapina fiat, *l.1.C.h.t.*, *Actio vi bonorum raptorum potius ad mobilia, quam ad fundos pertinet*, ubi *τὸ potius* non comparative accipitur, immobilia enim non rapimus, sed invadimus, *l.7. C. unde vi*. Verum cui cedit dominium rei a domino per vim raptæ? Non Fisco, quod putant Cujac. & Hotom. *arg.l.3. C. Th.ad l.Jul. de vi*, nam sine certa lege non est pro Fisco decidendum: sed cedit vim passo in solatium injuriæ per *l.ult.C.de litig.* V.Giphan.ad *l.7. Cod. unde vi*.

§. II. Datur hæc actio iis omnibus, qui vel in bonis, vel ex bonis rem raptam habebant, *h.§.* & *l.2.§.22. eod.*, quod sic explicat Theophilus, *sive in bonis ejus sit, idest in dominio ejus, sive non quidem in dominio, sed tamen ex bonis ejus sit. Et hujuscemodi quidem sunt, quorum ipsi domini non sumus, sed quæ in substantia nostra sunt, veluti, utendum ab aliquo accepi, aut conduxi servum, aut, quum mutuum dedissem, pignus accepi, sic ut mea intersit, eam rem mihi non auferri*. Unde, quid sit in bonis esse, quidve ex bonis, jam vides. Generaliter autem dicendum esse ait Tribonianus, *ex quibus caussis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem caussis omnes habere hanc actionem*. Cujus regulæ consectaneum est, quæ de commodatario vim passo dici possunt, ea esse supplenda ex §.18.*praced.tit.*

DE

(b) *Alia opinantur alii. V.Ferand.Adducensem lib.2. cap.33., & Water.lib.1. Obs.c.5. Ea vero ratio, quam nonnullis placere video, atrocius agi cum raptore, quod is de bonis vi raptis teneatur etiam pro re minima; quum tamen pro re minima nulla sit prodita furti actio; mihi quidem non arridet; ego enim sic sentio, pro re etiam minima furti actionem dari: quod late persequar peculiari Dissertatione* de furto rei minimæ *contra Bynkershoekium lib.3.Obs.c.16.*

DE LEGE AQUILIA.

TITULUS III.

9. ff. 2. 3. C. 35.

Damni injuriæ (*a*) actio constituitur per legem Aquiliam: cujus primo capite cautum est, *ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit: quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.*

1 Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum, quæ pecudum numero est, cavetur: eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus: sed de iis tantum, quæ (*b*) proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit: nam & sues pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea ait, sicut Ælius Martianus in suis Institutionibus refert,

Δήεις τόνδε σύεσσι παρήμενον, οἱ δὲ νέμονται
Παρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Sectantem videas, qui errant per pascua, porcos,
Ad Coracis saxum, juxta fontemque Arethusam.

2 Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem (*c*) occiderit, non tenetur, utique, si aliter periculum effugere non potest.

3 Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, (*d*) quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

4 Itaque si quis dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si id a milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur: si alius tale quid admi-

---

(a) *Habes hic Archaismum, dicitur enim* damni injuriæ *pro* damni injuria, *ut est in l.27.§.10.h.t., quemadmodum etiam dicitur* super pecuniæ, *l.5.de V.S. l.3.ad L.Corn. de fic. Genitivus pro ablativo. V. Vossium in Gramm.*

(b) *Vulgo*, quæ gregatim proprie pasci dicuntur: τὸ gregatim *est apud Theophilum, & l.65.§.4 de leg.3. & l.2.§.2.h.t. sed omnes Charondæ eam vocem ignorant.*

(c) *Sic Theophilus, & omnes Charondæ. Vulgo*, latronem insidiatorem. *Cajus l.4.pr.h.t.*, latronem insidiantem.

(d) *Sic vulgata, & libri Charondæ. Cujacius ex Theophilo reponit*, non minus quam ex dolo, ex culpa *&c.*

admiserit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.

5 Item si putator ex arbore dejecto ramo servum tuum transeuntem occiderit; si prope viam publicam, aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpæ reus est. Si proclamavit, (e) nec ille curavit præcavere, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamaverit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

6 Præterea si Medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit.

7 Imperitia quoque culpæ adnumeratur: veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit; aut perperam ei medicamentum dederit.

8 Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit: culpæ reus est mulio. Sed si & propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quum alius firmior eas retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui, quum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

9 His autem verbis legis, *quanti id eo in anno plurimi fuerit*, illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit: non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est, pœnalem esse hujus legis actionem: quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat, in heredem eam actionem non transire: quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.

10 Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum peremti corporis æstimationem habendam esse, secundum ea, quæ diximus: sed eo amplius, quidquid præterea, peremto eo corpore, damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit: nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadriga equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.

11 Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.

12 Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.

13 Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est, vulneraverit: sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit: hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit: actio ex hoc capite constituitur, quanquam poterat sola [illegible] rupti

(e) *Multi Charondæ habent*, præclamavit.

rupti appellatio in omnes istas caussas sufficere: ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo peremta, atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum, aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini, aut olei corrumperetur; ex hac parte legis eum teneri.

14 Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo, aut culpa ejus homo, aut quadrupes occisus, occisave fuerit: ita ex hoc capite, de dolo, aut culpa, & de cetero damno quemque teneri. Ex hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

15 At nec *plurimi* quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte *plurimi* verbum adjectum fuisset; nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno interrogante hanc legem tulit (*f*), contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.

16 Ceterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem adscenderet, vel in puteum descenderet, & is adscendendo, vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læsus fuerit, utilis actio in eum datur. (*g*) Sed si quis alienum servum de ponte, aut de ripa in flumen dejecerit: & is suffocatus fuerit: eo, quod projecit, corpore suo damnum dedisse, non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, quum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

(f) *Non video, quomodo possit Tribonianus Hotomani notam effugere, quod legem a plebe* ferri *dixerit, quum* ferre legem *proprie dicatur Magistratus Senatorius, aut Plebejus,* jubere *autem Populus, aut Plebs, unde Populi* jussa *&* *Plebis* scita. *Hinc formula illa rogationis,* velitis jubeatis &c.

(g) *Unus Charondæ habet,* accommodatur. *Utiles autem actiones proprie dicuntur accommodari.*

COMMENTARIUS:

PR. *Tit.* Vindicatur hac lege damnum injuria datum, de quo alias fuisse leges ante Aquiliam testatur Ulp. *l.* 1. *eod.*, *Lex Aquilia omnibus legibus, quæ ante se de damno injuria loquutæ sunt, derogavit, sive* 12. *Tab. sive quæ alia lex fuit.* De legibus 12. Tab. nihil certi liquet. Jac. Goth. *Fragm.* 12. *Tab. tab.* 7. distinxisse ait Decemviros damnum injuria datum, & damnum casu datum; ac proinde ita caput 12. Tab. concipit.

Si injuria RUPITIAS . . .

Ast si casu : SARCITO.

Verum neq; hujus distinctionis vestigium extat apud idoneum autorem; nec probabile est; pro fortuito etiam casu quemquam teneri. Id constat ex Festo, *Rupitias* in 12. Tab. significasse, *damnum dederis*, etsi Scaliger in Annot. pro *Rupitias*, reponat, *Rupsit*. Fest. v. *Rupitias*. Idem Festus in voce *Sarcito*, inquit, *Sarcito in duodecim Servius Sulpitius ait significare, damnum solvito, præstato*. Hinc colligi potest, lege 12. Tab. cautum esse, ut qui damnum dedit, damnum reficeret; & forsan his verbis caput conceptum fuit, *Qui rupitias, sarcito*. Vide Jacobum Rævard. ad *ll. 12. Tab. cap.* XXIV. Aquiliam legem Plebiscitum fuisse ab Aquilio Tribuno Pl. rogatum, testis est Ulp. *l.1.h.t.* Sed quis hic Aquilius fuerit, cujusve ætatis, in obscuro est. Certe non est Aquilius ille Gallus, qui Aquilianæ stipulationis auctor laudatur, ut dictum ad §.2. *supr. quib. mod. obl. toll.* Probabilis est suspicio Steph. Vin. Pighii, qui in *Annal. Rom. tom. 2. p. 330.* hujus legis auctorem facit L. Aquilium P.F.L.N. Gallo, qui an. ab U. C. 622. Tribunus Pl., an. 627. Prætor Siciliæ fuit. (*a*) Tria fuisse ejus legis capita; quorum duo tantum supersunt, opinari videtur Theophilus, quæ communis fuit opinio. Sed Balduinus plura fuisse suspicatur, ejusque suspicionem multis argumentis adstruit Ger. Noodt ad *L. Aquil. c. 1.* Ait enim, addidisse Tribonianum §.4. *infr. de nox. act.* caput de damni injuria noxali: Cajum *l.2.§.1. h.t.* prodidisse caput de inficiatione, eoque respicere Ulpiani inscriptionem apud Auct. Collat. *tit. 2. Ulpianus lib. 19.* (Pithœus restituit, *lib. 18.*) *ad Edictum sub tit., Si fatebitur injuria occisum esse in simplum*: ad hæc meminisse Ulpianum *l.5.§.2. de serv. corrupt.* capitis ex eadem lege de judicio servi corrupti. Primum hujus legis Caput his verbis concipitur in Edicto, QUI SERVUM SERVAMVE, ALIENUM ALIENAMVE, (*b*) QUADRUPEDEM VEL PECUDEM (*c*) INJURIA OCCIDERIT, QUAN-

(a) *Meminit Cicero in Brut. c. 34. legis Aquiliæ*, Atque eodem tempore accusator de plebe L. Cæsulenus fuit, quem ego audivi jam senem, quum ab L. Sabellio mulctam lege Aquilia de justitia petivisset. *Hanc eandem esse cum hac nostra suspicatur Balduinus ad L. Aquil., & alii non pauci, qui proinde pro* justitia *legunt* injuria. *Sed omnes prope Codices obstant, & forsan alia fuit nostra hæc ab illa.*

(b) *Barbarum esse ait Antonius Matthæus in Colleg. Inst. disp. 18. th. 16., eadem pœna mulctari eum, qui pecudem, atque eum, qui alienum hominem, puta servum, occidit. Id quidem verum est, si naturalis ea ratio spectetur, qua omnes æque homines, & liberi sumus: at jure civili servos respicimus, non ut homines, sed ut res mancipi; quo factum, ut in commercio sint, & in Ædilitio Edicto non honoratiores jumentis, l. 38. §. 2. de Ædilit. Edict.* Nec tanquam hominibus quidem, *de servis ajebat Seneca ep. 47.*, sed tanquam jumentis abutimur. *Hinc servi* σώματα, *hoc est*, corpora, *dicti sunt, quod eorum corpus sub dominio sit, l. 21. §. 2. de evict. Sic accipiunt nonnulli, quod lib. 5. c. 8. Athenæus habet ex Moschione, qui de nave Hieronis Syracusii scripsit*, Archimedes Mechanicus solus paucorum corporum (σωμάτων) adjumento (is enim Helicem comparavit) tantam navim in mare deduxit. *Et si Latina Athenæi versio* σώματα *interpretetur* instrumenta. *Sed clarissime Epiphanius* in lib., cui titulus, ἀγκυρωτός. Et consuetudo, *ait*, servos corpora vocare solet. Dominus, inquit, centum corporum. *V. Magium 1. Miscel. 12. Voss. 4. Inst. Orat. 8. Menag. ad Laert. lib. 2. n. 78. Hinc etiam servi* ἀνδράποδα *dicuntur Theophilo pr. Inst. de stip. serv.*

id

QUANTI ID IN EO ANNO PLURIMI FUIT, TANTUM ÆS DARE DOMINO DAMNAS ESTO. *Ulp. l. 2. pr. h. t.*

§. I. Quod de quadrupede Prætor ait, de ea tantum intelligitur, quæ pecudum numero est, seu, quod eodem redit, quæ gregatim pascitur, ut est in *l. 2. §. 2. eod.* & apud Marcianum in *l. 65. §. 4. de leg. 3.* Excluduntur ergo hinc feræ bestiæ, & canes, & hujusmodi alia animantia, quæ in gregem non coeunt. Sed dubitatum olim de suibus, forsan quia tum non gregatim pascebantur, sed includebantur stabulis; ut suspicatur Huber. Placuit tamen, eas pecudum numero haberi, *d. l. 2. h. t.* quod & probat Marcian. *lib. 7. Inst. in cit. l. 65.* testimonio Homeri in *Odyssæa*,

Invenies hunc assidentem suibus, quæ pascuntur
Juxta Coracis saxum, & juxta fontem Arethusam. (d)

§. II. Ait præterea Prætor, *injuria occiderit*, hoc est, ut interpretatur Trib., *nullo jure.* Hinc si quis alienum hominem latronem occidat, quum aliter effugere periculum non possit, lege Aquilia non tenetur. *l. 4. & 5. h. t. l. 45. §. 4. eod.*, ubi Paulus, *Qui, quum aliter tueri se non possunt, damni culpam dederint, innoxii sunt, vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt.* Ita Florentinus Codex. Sed quoniam ea verba, *damni culpam dederint*, rectam hic sententiam non habent, ea sic restituit ex Basilicis Gerardus Noodt ad *L. Aquil. c. 4.*, *damnum dederint.*

§. III. IV. V. VI. Is etiam Aquiliæ legis judicio non tenetur, qui casu occidit, *si modo*, inquit Tribonianus §. 3., *culpa ejus nulla inveniatur, nam alioquin non minus quam ex dolo, ex culpa quisque hac lege tenetur*: quod his exemplis patet. Ait Ulp. *l. 9. §. ult. h. t.*, *Si per lusum jaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliæ locus est. Sed si, quum alii in campo jacularentur*, (intelligo campum jaculatorium, in quo solebant milites præludere, & *bellum discere per otia*, ut Manilius loquitur *lib. 4. Astronom.*) *servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere.* Quam speciem enucleatius pertractat Tribonianus §. 4., ubi distinguit inter militem, qui se in campo jaculatorio exercet, & alium, qui miles non sit, aitque hunc reum esse, illum non esse. Simile est exemplum putatoris, qui ex arbore dejecto ramo alienum hominem transeuntem occi- dit,

---

id est, personam non habentes, & *Floro 3. Hist. 20.* secundum hominum genus. *Ad summam hanc juris Romani rationem spectasse videtur Juvenalis sat. 6. v. 221.*

O demens, ita servus homo est?

(c) *Hotomanus & alii nonnulli malunt*, quadrupedemve pecudem, *nam, ut patet ex Triboniano hic, & ex tertio legis Aquiliæ capite in l. 27. §. 2. h. t., primum hoc caput de alieno homine, & aliena tantum pecude egit. Quæ castigatio & necessaria est, & verecunda, quum facile potuerit τὸ* ve *librariorum vitio disjungi, & una litera adsumta in vel abire.*

(d) *Addit & alteram rationem Scipio Gentilis 2. Parerg. ad Pand. 8., quod sues ex omni mansueto pecore solæ sint, quæ nihil agriculturæ prosunt, & labores hominum sublevant, unde Cereri invisæ, & Initiis Cereris immolabantur, ut Var. lib. 2. de re rust. c. 4. Ovid. 4. Inst. v. 413.*

A bove succincti cultros removete ministri.
Bos aret: ignavam sacrificate suem.

Veteres autem eas quadrupedes pecudum numero habuere, quæ agriculturam juvabant.

dit, nam si *prope viam publicam, aut vicinalem id factum est*, inquit Triq. §. 5., *neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpæ reus est*. (Proclamatio est verbum *cave*, vel, *serva*, vel aliud simile, quemadmodum Athenis erat φύλαξαι, *l.7.ad L.Corn.* Brisson. *lib. 8. de Form.*) *Si proclamavit, nec ille curavit cavere, extra culpam est. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit; quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi*; nec proinde divinare poterat, an per eum locum aliquis transiturus esset. Paulus *l.31. h. t.* Neque omittendum illustre Ulpiani exemplum in *l.11.eod.*, *Si, quum pila quidam luderent*, (erat hic ludus Romæ frequentissimus) *vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerit, & sic servi, quem tonsor radebat, gula sit præcisa adjecto cultello .... Proculus*, scribit, *in tonsore esse culpam. Et sane, si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, est, quod ei imputetur*. (Explicandum id ex more veterum Romanorum, nam Romæ olim ante Domitiani vetitum tonsores, caupones, coqui, & id genus alii artem quisque suam in mediis viis exercebant, unde Martialis 7. *Ep.60.*

Jussisti tenues, Germanice, crescere vicos,
Et modo quæ fuerat semita, facta via est. Et mox,
Tonsor, Caupo, Coquus, Lanius sua limina servant.
Nunc Roma est, nuper magna taberna fuit. V. Marquard.

Freher. *lib.1.Verisim.c.8.*) Pergit Ulpianus, *Quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere*. Quorum verborum interpretationem, sunt enim amphibolica, habes apud Noodt *c.7.* Huc etiam refert Tribonianus §. 6. exemplum medici, qui servum tuum secuit, tum dereliquit curationem; nam si ob id mortuus fuerit servus, is culpæ reus est. Quod ex Cajo desumtum est *l.8 pr.h.t.* (e) Hoc exemplum accipit Noodt *c.8.*, non de eo medico, qui dolo, aut negligentia, sed de eo, qui intempestiva desperatione curationem dereliquit, hoc est imperitia futurorum, quæ is debet prænoscere. Ego vero id exemplum accipio non de medico imperito, sed de medico negligente. Movet me, quod Tribonianus in §. sequente afferre incipiat exempla imperitiæ, ait enim initio, *Imperitia quoque culpæ adnumeratur*: quæ verba argumento sunt, Tribonianum ante eum §. egisse de eo, qui negligentia occidit.

§. VII. & VIII. Nunc de imperitia, quam culpæ adnumerari ait §. 7. Tribonianus. Hinc si medicus per imperitiam male servum secuit, aut per- peram.

(e) *Hujusmodi medicos* vulnerarios, *&* vulnerum medicos *dicit Plinius lib.29.Hist.c.1. Vulgo* Medici Chirurgi *appellantur, ejusque nominis mentio est in quadam Inscriptione apud Manut. de Ortograph.p.243., & in alia apud Gruterum p.400. Medicorum munia erant; medicamenta præscribere, componere, miscere, secare, l.7.§.ult. & d.l.8. & §.7.h.t. neque ulla erat olim, ut nunc est, medicinæ partitio: quo factum, ut liberti & servi diu Romæ fecerint medicinam: quod novissime ostendit contra Casaubonum, Sponium, & Meadium, Cl. Vir Congers Middleton* Dissert. de Medicorum apud veteres Romanos conditione. *Ex libris juris duo potissima loca ad hanc sententiam affero, alterum Alfeni l.26.de op.lib.*, Medicus libertus quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat &c.: *alterum Scævolæ l.41. §.6. de fideicom. libert.*, Lucius Titius ita testamento cavit, Medicos tibi commendo illum, & illum. In tuo judicio erit, ut habeas bonos libertos, & medicos &c.

peram ei medicamentum dedit, isque ob eam rem est mortuus; judicio hujus legis tenetur, *d.§.7. & l.idem juris 8. h.t.* (*f*) Sic, si mulio per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, atque hæ servum tuum vel pecudem oppresserint, culpæ reus est, §.8.*h.t.* & *d.l.8.§.1.*, ubi Cajus addit, idem dici, si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit; ea ratione, *quum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram*. Non omnis igitur imperitia culpa est, sed imperitia tantum artis, quam profitemur, *l.9.§.5. & l.13.§.5.ff.locat.* Vides, levissimam culpam præstari Aquilium voluisse, *l.44.h.t.*, idque vel maxime demonstrat locus Pauli *l.45.§.pen.*, *Si defendendi mei caussa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed prætereuntem percussero, tenebor lege Aquilia*.

§. IX. Damni autem injuria dati æstimatio facienda est ex illo Prætoris, *Quanti in eo anno plurimi fuerit*. Quod hoc exemplo illustrat Ulp.*l.27.§.3.h.t.*, *Si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum, quo præcideretur, fuerit occisus, posse (eum) Aquilia agere: pretioque ee æstimandum, quanti fuit prius quam artem cum pollice amisisset*. Ubi tamen pro, *eum*, bene Cujacius legit, *erum*, quo etiam modo scripserunt veteres, hoc est, *herum*: nam pro servo pictore occiso, domino competit legis Aquiliæ actio. Sed est hic advertendum, quod Sextus Pædius ait apud Paulum *l.33.h t.*, *pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*, unde servo occiso non affectio æstimanda est, sed quanti res omnibus valet. Annus retrorsum computatur, ex quo quis occisus est. *Quod si mortifere vulneratus*, inquit Ulp. *l.21.§.1.*, *& postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Julianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra scribit*. Verum si infans occisus sit nondum anniculus, verius esse scribit Ulp.*l.23. §.7.*, *sufficere hanc actionem, ut æstimatio referatur ad id tempus, quo intra annum vixit*. Quoniam autem qui damnum dedit, aliquando plus præstat, creditum hinc fuisse, inquit Trib. *h. §.*, pœnalem esse hujus legis actionem, ideoque in heredem vel ceteros non dari, nisi aut ex damno locupletior heres factus sit, aut lis cum defuncto contestata: quæ est pœnalium actionum communis ratio, *l.23. §.8. l. omnes pœnales, de O. & A.* Melius vero Tribonianus §.19. *infr.de act.* legis Aquiliæ actionem inter mixtas recenset, nam aliquando & rei æstimationem, & pœnam persequitur, ut si occisus sit servus claudus aut luscus, qui eo anno integer fuit: aliquando nihil ultra rei pretium, si servus unquam antea pluris fuit. V. Paul.1. *sent. 19.* & Papian.*lib.sing.respons.*

§. X. Quoniam vero lex ait, *quanti id in eo anno plurimi fuit*, recte quæret quispiam, num occisi tantum corporis, an quanti interfuit, non esse occisum, æstimatio facienda sit. Et verba quidem legis solam rei æstimationem videntur includere, *l.179. & 193. de V.S. l.un. §. ult. si quis jus dic. non obtemp l.4.§.11.h.t.* At contra Ulpianus respondet, *ejus, quod interest*, æstimationem fieri, *l.21 §.ult.eod.*, & Trib. *h.§.* inquit, non peremtum modo corpus, sed & omne aliud damnum, quod eo peremto illatum est, in hoc judicium venire. Et merito, nec enim alias restitutum damnum videtur: quod unice spectat lex Aquilia. Bene autem ait Trib., id non ex verbis legis, sed ex interpretatio-

(*f*) *Quæ de medicis dicuntur, mares æque ac mulieres spectant. De muliere obstetrice vide Ulp.l.9.h.t. Apud Gruterum p.636. Inscr. occurrunt* Sabina, Minucia, & Sentia Medicæ.

tatione placuisse, nam, ut dictum, aliud ipsa verborum proprietas exposcebat.

§. XI. Quod si dolo servus occisus sit, & lege Corneliæ agere dominum posse, constat, &, si lege Aquilia egerit, præjudicium fieri Corneliæ non debet, *l.23.§.9. h. t.*; quia lex Aquilia rem familiarem, Cornelia publicam vindictam persequitur, *l.un. C.quand. civ.act.* At quid est, quod scribit Paulus *l.4.de publ.jud.*; *Interdum evenit, ut præjudicium judicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliæ &c.?* Sensus Pauli non est is, instituto judicio legis Aquiliæ, agi ex lege Cornelia non posse: sed certe est hic, ea, quæ in privato legis Aquiliæ judicio probata sunt, judicio publico legis Corneliæ præjudicium facere, ita ut ante judicata reo vel prosint, vel obsint.

§. XII. *Hujus legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit*, Ulp. *l.27.§.4.h.t.* Idem habet Trib. *h.§.* De ejus sententia soliciti sunt interpretes. Cujacius *Parat.ff. ad h.t.* opinatur, actum eo capite de quavis alia ratione damni dati, re etiam non læsa, sed intercepta nobis forte utilitate aliqua: exemplumque affert ex Plin. *9. Hist. 59.*, ubi scriptum est, *damni dati formulam editum* contra piscatorem socium, qui Authiam conciliatorem capturæ, & ducem ceperat, quum is in macello adgnitus esset a socio, *cujus injuria erat*. Hanc opinionem rejiciunt Marquardus Freherus *2. Parerg. 3.* & Cl. Bynk. *1. Obs.13.*, quum quia verisimile non est, Aquilium secundo capite de eo damni genere cavisse, quum is sit mos Romanarum legum, certas rerum species prioribus capitulis tractare, cetera minus certa ac definita, cujusmodi est id genus damni, in ultimum caput veluti miscellum conjicere: quæ est ratio Freheri: tum quoniam ejusmodi damnum ad primum, & maxime ad tertium legis Aquiliæ caput bene potest referri, ut ostendit Bynk. *ex l.11.§.ult. l.22. pr. & l.27.§. 5.h.t.* Claudius Chiffletius *lib. singul.* contendit, secundum legis Aquiliæ caput fuisse de servo corrupto, quia corrupto servo damnum domino accedit, *l.1., l.14.§.1., & seqq. de serv. corr.*, nec veri speciem habet, fuisse tantum damnum lege Aquilia omissum, præcipue quum scriptum sit, eam legem omnibus antea de damno latis derogasse, *l.1. ff. h. t.* Ideo autem inquit hoc secundum caput in desuetudinem abiisse, quia subsequutum est Prætoris Edictum, quo de ea re multo acerbius est cautum, Ulpianus enim *l.5. §.hæc actio, de serv.corr.*, *Hæc actio*, inquit, *etiam adversus fatentem in duplum est: quamvis Aquilia inficiantem dumtaxat coerceat.* Pluribus conjecturam suam confirmat Chiffletius, inter quæ illud videtur potissimum, servi corrupti actionem perpetuam esse, *l. hæc actio 13. ff. de serv. corrupt.*, quum tamen, ut Prætoriarum actionum natura est, debuerit esse annua: cujus rei alia esse ratio non potest, nisi hæc, quod eam actionem non Prætor instituit, sed juri civili adcommodavit ad exemplum legis Aquiliæ, quales Prætoriæ actiones perpetuæ sunt, *l. in honorariis de A. & O., §.1. infr. de perpet. & temp. act.* Hanc quoque opinionem refellit Freherus, quum quia Ulpianus *lib. 18. de Lege Aquilia*; at longo post intervallo de servo corrupto agit *lib. 23.*, quod certe non fecisset, si secundo ejus legis capite de servo corrupto actum esset: tum quoniam idem ipse Ulpianus *d.l. 5. §.2. de serv.corrupt.*, *hæc*, inquit, *actio etiam adversus fatentem in duplum est: quamvis Aquilia inficiantem dumtaxat coerceat*; quibus verbis servi corrupti actionem prorsus aliam facit ab actione legis Aquiliæ. Refellit etiam Bynk. duplici argumento, altero, quod, teste vel ipso Basilicorum Scholiaste ad *lib. 60. t. 3. c. 27. §. 5.*, servi corrupti actio potius ad tertium legis Aquiliæ caput pertinere debuisset: altero, quod ea actio inter Prætorias antiquissima fuerit, erat enim ævo Alpheni Vari, ut palam facit epigraphe *l. 16. de serv. corrupt.*, quo

ævo etsi non constet, num caput illud legis Aquiliæ obtineret, nec ne; quis tamen verosimiliter diceret, in desuetudinem abiisse? Arbitratur Freherus, eo capite aut de nullo damno cautum, aut de pauperie, nempe damno a quadrupede dato, de quo nos infra: idque ex eo maxime colligit, quod Ulpianus, itemque Paulus, hic *lib.* 23., ille *lib.* 18. ad Edictum, quibus libris Aquiliam legem enarrarunt, scripserint etiam de pauperie, ut clarum fit ex *l.* 1., 2., *&* 4. *ff. si quadrup. pauper.* Quare autem caput illud tandem defierit, hanc caussam affert, quod Prudentum interpretatione observatum esset, brutum animal, ut nec juris, ita nec injuriæ particeps esse. Verum hoc illud est, quod maxime obest Frehero; anne enim Aquilius de damno per quadrupedes illato egisset ea lege, quæ solum damnum injuriâ, & culpa datum dicitur vindicasse? anne adeo obscurum erat, esse quadrupedes doli expertes, ut ad id definiendum Prudentes accederent? Novissime Cornelius Bynk. in hanc sententiam venit, id capitulum egisse de dejectis, & effusis: sed ob quæstionum luxuriam, ut ipse loquitur, Prætores id deinde Edicto fuisse complexos. Movit eum Mucii auctoritas in *l.* 31. *ff. h. tit.*, ubi eum, qui dejecit, actione legis Aquiliæ teneri, ait. Quumque apud Labeonem in *l.* 6. §. 1. *de his, qui effud.* mentio fit Edicti Prætoris de dejectis, & effusis, opinatur is, tempore Mucii caput illud non dum desiisse; at desiisse tamen tempore Labeonis. Eadem de secundo hoc capite in mentem venerant Frehero: sed mutavit sententiam, ubi advertit, posse id genus damni ad tertium caput referri, quo capite de rupto & corrupto cavebatur, *l.* 27. §. 13. *h. t.* Et certe hoc argumentum contra Bynkershoekium facit maxime: idque confirmat locus Ulpiani in *l.* 5. §. 4. *de his, qui effud.*, ubi scribit, pro dejecto & effuso dominum ædium lege Aquilia teneri: quod de tertio capite intelligendum est; secundum enim tempore Ulpiani jam exoleverat. Quod autem reponit Bynkershoekius, Ulpianum, quia in veterum commentariis de dejectis & effusis actionem legi Aquiliæ ex 2. capite adscriptam viderat, servasse; id, ut nullo argumento asseritur, ita verbo uno negatur. Vides, quam diversæ sint interpretum sententiæ. Has diligenter excutere non est animus: ceterum facile esset, aliquid singulis objicere. Nescio, an proclivior sis in sententiam Jacobi Constantinæi, qui *lib.* 1. *Subtil. Enodat. c.* 6. arbitratur, eo capite cavisse Aquilium, ut damnum a servis inlatum, insciis etiam dominis, insolidum sarciretur, nec satis esset dominis servos noxæ dare. Quod quum nimis durum Romanis videretur, secundum legis Aquiliæ caput desuetudine ipsa sublatum est. Opinionem hanc suam adstruit ex Ulpiano *lib.* 18. ad Edictum in *l.* 27. *h. t.*, ubi postquam §. 3. scripserat, *servi occidentis nomine dominum teneri*, continuo subdit §. 4., legis Aquiliæ *secundum capitulum in desuetudinem abiisse*. Laudat in eandem sententiam alterum Ulpiani locum ex eodem *libro* 18. *in l.* 2. *de noxal.*, *Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse*: tum addit, *Si autem insciente, noxalis est: nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat.* Quorum verborum, *nec enim debuit* &c. hunc esse sensum inquit, perperam secundo legis Aquiliæ capite constitutum, ut inscius etiam dominus in solidum teneretur. Utitur demum verbis Triboniani in §. 2. *de nox. lib.* 4, ubi quum dixisset, *summa ratione permissum fuisse noxæ deditione uti*; statim addidit, *namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse*. Omnia incerta. Si nihil horum arrideat, aut verosimiliora commentare, aut ne te pudeat, *ignorare aliquid in ea re, in qua est docta ignorantia*, quibus verbis se se expedit Wisenbachius ad *h. §.*

§. XIII.

§. XIII. Tertium caput in hæc verba conceptum exhibet Ulp. *l.* 27. §. 5. *h.t.*, CÆTERARUM RERUM(g) PRÆTER HOMINEM ET PECUDEM OCCISOS, SI QUIS ALTERI DAMNUM FAXIT, QUOD USSERIT, FREGERIT, RUPERIT INJURIA: QUANTI EA RES ERIT IN DIEBUS TRIGINTA PROXIMIS, TANTUM ÆS DOMINO DARE DAMNAS ESTO. Tertium igitur caput de omni cætero damno cavet, quod præter cædem servi & pecudis datum est, sive pecudes vulnerentur, sive animantia, quæ pecudum numero non sunt, occidantur, sive alia quælibet fracta, rupta, usta, scissa, collisa, effusa, corrupta, & quoquo modo in deteriorem statum adducta proponantur, *h.* §. Huc spectat, qui fructus alienos immaturos decerpsit, aut diffocuit, nam si maturos, impensas tantum amittit, *l.* 27. §. 25. *h. t.*: qui in caussa est, ut naves mutuo occursu collidantur, ac damnum capiant; quo tamen casu, si de reo non liquet, suum quisque fert casum, *l.* 29. §. 4. *hoc tit.*: qui in alienum vinum, aut oleum id immisit; quo vinum, aut oleum corruptum est, *d.* §. 13., & id genus alii.

§. XIV. Conveniunt in eo Actio ex primo, & Actio ex hoc tertio capite, quod sicut illa, ita & hæc in eum datur, qui vel dolo fecit, vel culpa. In eo tamen discrepant, quod in hoc capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus 30. proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum intulit, *h.* §., & *l.* 21., & *l.* 51. *D. hoc tit.*, & *l.* 3. §. 3. *de privat. delict.*

§. XV. Ac ne *plurimi* quidem verbum adjicitur. Sed tamen recte Sabino placuisse ait Tribonianus, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte *plurimi* verbum adjectum esset, *l.* 29. §. *ult. h. t.*

§. XVI. Illud ultimo loco advertendum, Legis Aquiliæ actionem vel *directam* esse, vel *utilem*, vel *in factum*, *h. t.* Scio ego, Christianum Thomasium Lipsiensem Jurisconsultum in Philosophia Juris §. 149. multis contendere, actionem in factum male hic ab actione utili per Tribonianum separari: sed rem incudi reddere, temporis vetat angustiæ. Directa est, quæ oritur ex ipsis verbis legis; atque hæc proprie in eum convenit, qui suo corpore, & in corpus damnum intulit, puta in eum, qui alienum servum, aut pecudem manu sua enecavit, *hoc* §., & *l.* 51. *eod.* Utilis est, quæ a verbis quidem legis recedit, ex ejus tamen mente per interpretationem educitur, ut quum quis damnum in corpus, at non corpore suo dedit, ut si quis pecudem alienam ita inclusit, ut fame periret. Vide textum in *l.* 7. §. 3., & 6., & *l.* 9. *D. eod.* In factum actio est, quæ longius a verbis, & mente legis recedit, quum nec corpore, neque in corpus damnum datur, ut si quis alienum hominem miseratione ductus vinctum dissolvat, qui solutus aufugiat. Corpus igitur integrum remanere debet; ut locus sit actioni in factum: qua tamen de re vide Huber. hic in fine. V. quoque Meril. 3. *Obs.* 26., & 1. *Variant. ex Cujac.* 30.

(g) *Veterem hanc esse loquutionem pro eo, quod vulgo dicimus, quantum ad cæteras res, vel, in cæteris rebus, observat Hotomanus lib. 4. Obs. c. 11. Sic in Edicto Ædilium*, Cæterarum rerum, quantum damnum datum factumve sit, dupli, *l. quia vulgo* 42. *de Ædilit. Edict. V. Gasp. Schoppium lib. 1. Verisimil. c.* 19.

DE INJURIIS.

TITULUS IV.

47. ff. 10. 9. C. 35., & 36.

GEneraliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: specialiter, alias (*a*) contumelia, quæ a contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα (*b*) dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas, & injustitia, quam Græci ἀδικίαν vocant. Quum enim Prætor, vel judex non jure contra quem pronunciat, injuriam accepisse dicitur.

1 Injuria autem committitur, non solum quum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit: sed & si cui convicium factum fuerit, sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicujus libellum, aut carmen, aut historiam scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret: sive quis matremfamilias, aut prætextatum, prætextatamve adsectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse dicetur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam, manifestum est.

2 Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet, itemque per uxorem suam, id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris: non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest: sed etiam patris quoque, & mariti nomine. Contra autem, si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in potestate est, injuriarum agere potest.

3 Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino fieri per eos videtur, non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos, & uxores: sed ita, quum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad con-

---

(a) *Colerus 32. Parerg. mavult*, alia est, *ut legitur in Collat. LL. Mosaic. tit. 2.*

(b) *Alibi est* ἔγκλημα. *Vide Salmas. cap. 7. ad jus Att., & 17. de mod. usur., & contra eum disserentem Heraldum 46. Obs., & lib. 11. ad jus Att. cap. 9.*

contumeliam domini respicit: veluti si quis alienum servum verberaverit, & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.

4 Si communi servo injuria facta sit: æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.

5 Quod si usufructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.

6 Sed si libero, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit: nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit, tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut totiens admittatur injuriarum actio, quotiens in tuam contumeliam injuria ei facta sit.

7 Pœna autem injuriarum ex lege duodecim tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea Prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem Prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem, crescit, aut minuitur æstimatio injuriæ, qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur; ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo, vel compedito jus constituatur.

8 Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis, verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.

9 Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus: vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu Prætoris injuria facta sit: vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si Senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti, patronove fiat a liberis, vel libertis. Aliter enim Senatoris, & parentis, patronique, aliter extranei, & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias, an filiofamilias talis injuria facta sit: nam & hæc atrox injuria æstimabitur.

10 In summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et si quidem civiliter agitur, æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur: hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere, secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestius apparet.

11 Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, idest, qui percussit: verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit, ut cui mala pugno percuteretur.

12 Hæc

12 Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit: postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Injuria, inquit Tribonianus ex Ulp. in *l.* 1. *h. t.*, vel generaliter, vel specialiter accipitur. Generaliter injuria dicitur, quidquid non jure fit. Auctor Declamationum *Decl.* 265., *Si id est utriusque confessione injuria, quod manifestum est non esse jure factum*. Specialiter nonnunquam est contumelia, quam a *contemnendo* derivat Ulp. *ibid.*, & Seneca *lib. In sapientem non cadit injuria, cap.* 11., quia nemo, nisi quem contemsit, afficit tali injuria. Unde, nisi facta ipsa aut verba probrosa sint, contemnendi animus ab actore probandus est, *l.* 3. §. 1. *& seqq. ff.*, *& l.* 5. *Cod. h. t.* Seneca eodem *lib. c.* 10., *Contumelia*, inquit, *est minor injuria; quam queri magis, quam exequi possumus, quam Leges quoque nulla dignam vindicta putaverunt. Hunc affectum contrahit humilitas animi contrahentis se ob factum dictumque inhonorificum*. Additque exemplum Senatoris, qui a Corbulone in Senatu Struthiocamelus per contemtum appellatus, flevit. Sed vel ex hoc loco intelligere est, quod aliunde etiam constat, Senecam Romani juris parum scientem fuisse; nam explorati juris est, non ex injuria solum, sed etiam ex contumelia actionem nasci, *l.* 5. §. 1. *ad L. Aquil.*, *l.* 27. §. 3. *de pact.* Præterea injuria interdum culpa est, quo sensu *damnum injuria* dicitur in Lege Aquilia. Demum injuria quandoque iniquitas est, seu injustitia, unde injuriam accepisse dicitur is, contra quem Prætor, olim in caussis extraordinariis, post Diocletiani & Maximiani constitutionem in *l. placet* 2. *C. de pedan. judic.* etiam in ordinariis; vel judex non jure pronunciavit. Quod autem Paulus scribit *l.* 11. *de just.*, *& jur.*, *Prætor quoque jus reddere dicitur, etiam quum inique decernit*, id ad solum rei judicatæ effectum pertinet.

§. I. Tribus vero potissimum modis injuria fieri dicitur, aut re, aut verbis, aut scripto. Re si quis *pugno, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus est*: vel *si cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere*, non enim competit hæc actio adversus eum, qui bona veri debitoris possedit. Re item fit injuria, *si quis matremfamilias, aut prætextatum, prætextatamve adsectatus fuerit*, hoc est tacitus frequenter sequutus sit per dolum, *sive cujus pudicitia attentata esse dicetur*. Pudicitiam attentare idem hic sonat, ac *virginem appellare* apud Ulpianum *l.* 15. §. 15. *h. t.*, hoc est, *blanda oratione alterius pudicitiam attentare*, ut idem Ulpianus explicatius loquitur §. 20. Subdit autem Ulpianus §. 23., *non omnem, qui adsectatus est, nec omnem, qui appellavit, hoc edicto conveniri posse, neque enim si quis colludendi, si quis officii honeste faciendi gratia id fecit, statim in edictum incidit: sed qui contra bonos mores id facit*. Tribonianus *prætextatos* vocat pueros a prætextis. Matresfamilias *stolam* induebant, *l. vestis*, §. *muliebria, de auro, & arg. leg.*; unde *matronalis stola* apud Val. Max. *lib.* 6. *cap.* 1. Meretrices vestem variegatam, eamque subductiorem gerebant, eisque uti stola non licebat. Martial. *lib.* 1.

Quis Floralia vestit, & stolarum
Permittit meretricibus pudorem? V. Gothofred. ad *d. l.* 15.

§. 15. Recte igitur minus peccare eum inquit Ulp. *d.* §. 15., qui *virgines* *ancil-*

ancillari veste vestitas appellasset, & multo minus, si meretricia veste feminæ, non matrumfamiliarum vestitæ fuissent, suppetit enim justi erroris excusatio. Alia realium injuriarum exempla persequitur in *d. l.* 15. Ulpianus, inter quæ illud elucet maxime, quod habet §. 27., si quis ad invidiam alicujus veste lugubri utatur, aut squalida: aut si barbam demittat, vel capillos submittat, hoc est non tondeat. Quum enim hæc facere solerent Romæ consanguinei, & affines reorum, si quis id faceret in alterius invidiam, quasi alicujus periculum lugens, qui tamen reus non erat, injuriam fecisse videbatur. *Sordidatus es*, inquit Seneca 10. *Declam.* 1., *non queror; sed si sordes tua invidiam mihi concitant, queror*. V. Gothofredum ad *dict.* §. 27., ubi ex Cicerone, Livio, Ovidio, Suetonio, Gellio, Seneca rem perbelle illustrat. Verbis fit injuria, si cui convicium dictum sit, convicium enim injuriam esse, Labeo ait, *d.l.*15. §.3. *Convicium autem dicitur*, inquit Ulp. §. 4., *vel a concitatione, vel a conventu, hoc est a collatione vocum: quum enim in unum complures voces conferuntur, convicium appellatur, quasi convocium*. Quæ originatio Festo etiam placuit. Hinc colligit Ulpianus §.11., non omne maledictum convicium esse, sed id solum, quod cum vociferatione dictum est. Jam convicium debet esse falsum, ut si quis alium furem, plagiarium, sacrilegum appellaverit, qui tamen nec fur sit, nec plagiarius aut sacrilegus. Quod si convicium verum sit, jure civili locum non habet hæc actio, Paulus *l.* 18.*pr. h.t.*, *Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum æquum ob eam rem condemnari; peccata enim nocentium nota esse, & oportere, & expedire*. Ad rem Horatius *lib.*2. *serm. satyr.* 1.

- - - - - - - - - - - - Si quis
Opprobriis dignum latraverit, integer ipse,
Solventur risu tabulæ, tu missus abibis.

Sed aliud Christiana morum disciplina exposcit. *Scripto fit injuria, quum quis ad infamiam alicujus, libellum, aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret*, *h.*§., *l.*5.§.9.*h.t.*, & *l.un.C.de fam.lib.* Mali carminis, seu famosi libelli pœna ex lege 12. Tab. capitalis fuit, reique fustibus ad necem cæsi, ut testatur Aug. *de Civ. Dei lib.* 11. *cap.*9. & 12. ex fragm. Cic. *lib.*4. *de Rep.* *Nostræ 12. Tabulæ, quum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret*. Fustium dumtaxat mentio videtur fuisse in 12. Tab. SI QUI POPULO OCCENTASSIT, (publice convicium dixerit. Vide Jac. Gothofredum ad *Tab.* 7., & Theod. Marcilium *in Interpretam.*) CARMENVE CONDISIT, QUOD INFAMIAM FAXIT FLAGITIUMVE ALTERI, FUSTE FERITO. Cornutus ad Pers. *sat.* 1., *Lege* 12.*Tab. cautum est, ut fustibus feriretur, qui publice inveheretur*. Spectat huc illud Horatii 2. *Ep.* 1.

- - - - - - - - - - Quin etiam lex
Pœnaque lata, malo quæ nollet carmine quemquam
Describi: vertere modum, formidine fustis (a)
Ad bene dicendum delectandumque redacti.

Ad

(a) *Male Bortholten ad h. §. ex hoc Horatii loco colligit, Augustum capitalem duodecim tabularum pœnam sustulisse. Eumque refellit mentio* fustis, *quam facit Horatius, quæque consentit cum testimonio Cornuti ad Persium, & cum iis duodecim tabularum verbis*, fuste ferito, *etsi pro iis substituant alii,* ca-

Ad quem locum Porphyrion, *Fustuarium supplicium constitutum erat in auctorem carminum infamium*. Ideo autem mali carminis auctores capitis reos facit Cicero apud Augustinum, quod ex ipsis fustibus facile nex sequeretur, *l. 7. §. 1. ad L. Aquil.*, *l. 1. §. 17. ff. ad S.C. Sylan.*, etsi id ex mente Romanarum legum non sit, *l. 8. §. 1. de pœn.* At lege Julia, & Senatusconsulto libellum famosum conscribere publicum quidem crimen fuit, sed non capitale, Ulpianus *l. 18. §. 1. ff. qui testam. fac. poss.*, *Si quis*, inquit, *ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit*. Idemque repetit *l. 5. §. pen. h. t.* Paulus *lib. 5. sent. tit. 4. §. 15.* hanc pœnam exprimit, *Qui carmen famosum in injuriam alicujus composuerit ex auctoritate amplissimi Ordinis in insulam deportatur*, & *§. 17.*, *Tu eos auctores, qui famosos libellos in contumeliam alterius proposuerint, extra ordinem usque ad relegationem insulæ vindicatur*. Quæ novissima verba suspicionem hanc eruditis faciunt, mentionem *deportationis* in *§. 15.* vix esse Pauli. V. Tacit. 14. *Annal.* 48., & 49. V. quoque Suet. in Aug. c. 55. Successit jus novissimum ex *l. unic. C. de fam. lib.*, ubi Imp. Valentinianus, & Valens capitalem legum Decemviralium pœnam restituerunt ibi, *sciat, se hujusmodi delicti capitali sententia subjugandum*, & mox, *sin vero minime hæc vera ostenderit, capitali pœna plectetur*. Quæ ideo placuit describere, ut hinc intelligas, quam turpiter labatur Everardus Otto hic, ubi ait, ex *l. un. C. de fam. lib.*, talem statutam esse pœnam, qualem meretur crimen, quod quis alteri objecit: intelligas etiam, divinare Vinnium, qui tum demum scribit pœnam capitis prædicta constitutione imponi, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Ego unde id confici possit, non video: video, in *d. l. un.* capitalem pœnam sine distinctione constitutam. Illud hic moneo, in *l. 1. §. 1. h. t.* non tres, ut hic, sed duas proponi species injuriarum, verbalem, & realem: quæ sane magis propria est divisio. Quod si quis scire velit, num injuria, quæ scripto fit, ad verbalem, an ad realem referatur, consulat Treutlerum *vol. 4. disp. 30. thes. 5. quæst. 36. lit. e.*

§. II. Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos, quos in potestate habet, *h. §.*, & *l. 1. §. ult. h. t.* Aget igitur pater & filii nomine, & suo, neque est impediendus, quominus duobus judiciis & suam injuriam persequatur, & filii, inquit Neratius *l. pater 41. ff. h. t.* Usque adeo autem injuria, quæ fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut, etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competat injuriarum actio, filii nomine non competat, quia nulla est injuria, quæ in volentem fiat, Ulpianus *l. 1. §. 5. h. t.* Idemque tradit Paulus de domino, cujus servus consentiens ludibrio sit habitus, *l. si quis servum 26. h. t.* Quod si ei, qui in alterius potestate erit, puta filiofamilias, injuria facta esse dicetur: & neque is, cujus in potestate est, præsens erit, neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat, caussa cognita, ipsi, qui injuriam accepisse dicetur, judicium se daturum, Prætor

---

capital esto. *Male etiam Pithoeus ad Collat. Leg. Mosaic.*, & *Rom. tit. 2. §. 5. pœnam fustis nullam fuisse opinatur, Horatium vero poetice loquutum ducta a canibus similitudine, hoc sensu, homines formidine pœnæ a malo carmine abstinuisse, tanquam canes fustem reformidantes: idque Acroni suboluisse, ait. Hanc sententiam ab Horatio quam longissime abesse, Porphyrionis & Cornuti testimonia satis ostendunt. Certe is pœnam legis 12. tab. respexit. V. Lambin. ad Horat. ibid.*

tor ait *l. sed si unius* 17. §. 10. *h. t.*: atque hæc actio *utilis* appellatur, quod eam utilitas filii exposcat, *l. si longius*, §. 1. *de judic.*, & *extraordinarium judicium*, *l. quum filiusfamilias*, *de reb. cred.* Ex his patet, injuriam emancipatis liberis factam parentes non attingere: quod adeo verum est, ut, si filius post acceptam injuriam emancipatur, filio potius emancipato, quam patri actio injuriarum competat, *l. sed si unius*, §. *sed si pater*, & §. *ult. h. t.* Quid si uxor injuriam patiatur? Id quæsitum olim fuisse, non obscure colligitur ex *h.* §., ubi *magis prævaluisse*, ait Tribonianus, ut per uxorem injuria viro facta intelligatur, & merito propter arctissimam vitæ consuetudinem, & omnis fortunæ societatem, *l. 1. de ritu nupt.*, *l. 1. rerum amot.* Idque exploratissimum fuisse arbitror eo tempore, quo coemtio, & confarreatio erant in usu; tunc enim uxor in potestatem viri transibat, adeoque sicut per liberos parentibus, ita per eam marito fieri debuit injuria. Nunquam tamen per virum uxori injuria facta est, *h.* §., virum enim sub uxoris tutela esse non minus turpe est, quam esse sub uxorio imperio, quod sic expressit Tribonianus, *defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est*. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in potestate est, injuriarum agere potest, *h.* §., etiamsi nurus in potestate nostra non sit, *spectat enim ad nos injuria*, inquit Ulp. *l. 1. §. 3. h. t.*, *quæ in his fit, qui vel potestati nostræ, vel affectui subjecti sunt*.

§. III. Non solum per liberos nostros, & uxores, sed etiam per servos nostros injuriam patimur, non tamen iisdem modis, sed ita, quum quid atrocius commissum est, & quod aperte contumeliam nostram respicit, ut si quis servum nostrum vulneraverit: at si quis servo convicium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla nobis actio competit, *h.* §. Ea ratione non potest injuriarum actione conveniri, qui servum meum injuria affecit, putans alienum esse hominem, non meum; non enim contumeliam meam respexit, *h.* §. *Interdum injuria servo facta*, inquit Ulpianus *l. 15. §. 45. h. t.*, *ad dominum redundat, interdum non: nam si pro libero se gerentem, aut quum eum alterius potius, quam meum, existimat quis, non cæsurus eum, si meum scisset: non posse eum, quasi mihi injuriam fecerit, sic conveniri*, *Mela scribit*. Secus est de filiofam. Treutler. *ibid. quæst. 37. lit. D.* Injuria igitur servo facta tota domini est, servis enim ipsis nulla injuria fieri intelligitur, ait hic Tribonianus, puta jure civili, aut Prætorio, quod servis non patet: ceterum jure naturæ servus homo est, omnibus aliis æqualis, *l. 32. de R. J.* Quam servorum naturam veteri adsperitate posthabita jus etiam civile spectavit, nam injurias dominorum in servos vindicavit, unde Seneca *lib. 3. de benef. c. 22.*, *De injuriis dominorum in servos, qui audiat, positus est*. Vide dicta ad §. 1. *tit.* 8. *lib.* 1. Multo in servos humaniores Romanis fuere Athenienses. V. Petit. ad *LL. Att. tit. 6. p. 176.* Quod si quis servum meum sine animo injuriæ in popinam ducat, vel aleis ludere faciat, non mihi injuriarum actio competit, sed servi corrupti, *l. si quis servum*, *de injur.* Qua in re elegans discrimen est advertendum. Datur enim nobis hæc actio, servo corrupto; at, filio corrupto, non datur, licet filio injuria affecto injuriarum actio competat. Et merito, quum enim servus non de familia sit, sed de patrimonio, is, si corrumpatur, non decus familiæ, sed patrimonium imminuit: at filius de familia est patris, adeoque corruptus filius familiæ dedecus est; & quia Prætor arbitratus est, nullum sani capitis patremfamilias facile evulgaturum familiæ suæ dedecus, ideo actionem de servo corrupto, non de filio dedit, *l. 1. §. ut tantum*, *de serv. corrupt.*, nisi tantum actionem utilem, *d. l. 1. §. 1. eod.*; dedit tamen actionem injuriarum ad perse-

ſequendas filii injurias, quia jure civili hæc actio familiæ notam abſterget; tantum abeſt, ut ſit ignominioſa.

§. IV. Quod ſi communis ſit ſervus, iſque injuria afficiatur, æquum eſſe, ait Tribonianus *h.* §., non pro ea parte, qua quiſque eſt dominus, injuriæ æſtimationem fieri, ſed ex dominorum perſona, ſeu dignitate, quia ipſis fit injuria, non ſervis. Obſtat Pædius apud Paulum in *l.* 16. *h. t.*; ubi partes eſſe ſpectandas ait, *Sed non eſſe æquum pro majori parte, quam pro qua dominus eſt, damnationem fieri, Pædius ait*. Vulgo ajunt, in *d. l.* 16. negari dumtaxat ſingulis actionem in ſolidum, ſed quomodo partes tribuendæ ſint inter dominos, id petendum ex *h.* §., non ex *d. l.* 16.. Wiſenbachius ad *h.* §. inquit, particulas *non*, *ſed*, apud Tribonianum ἐλλειπτικῶς poni pro *non tantum*, *ſed etiam*, cujuſmodi exempla ſunt in *l.* 5. §. 2. *de injur.*, *l. un.* §. 4. *ff. naut. caup.*, *l.* 1. *ff. de term. mot.* Ant. Aug. 2. *Emend.* 1. Sed ſunt hæ acutæ interpretum nugæ. Ego, quod bene Cujacius vidit, apertum hic adgnoſco diſſidium inter Pædium, & Tribonianum: Triboniano tamen ſubſcribo: nam in ſervo domini dignitas læditur.

§. V. & VI. Præterea videndum eſt, num quis uſumfructum ſervi habeat, an proprietatem, nam ſi unus proprietatem, alter habeat uſumfructum, proprietarius aget, §. 5. *h. t.*, & *l.* 15. §. 47. *eod.*, magis enim huic, quam uſufructuario injuria fieri intelligitur; niſi tamen injuria fructuarium reſpiciat, nam aget fructuarius, *l. item apud Labeonem*, §. *pen. h. t.* Quæ eadem obſervatio adhibenda eſt eo caſu, quo vel liber homo mihi bona fide ſervit, vel ſervus alienus, nam niſi in mei contumeliam ſubeat injuriam, mihi hæc actio non datur, §. 6. *h. t.*, & *d. l. item apud Labeonem*, §. *pen.*

§. VII. SI MEMBRUM RUPIT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO, ajebat lex 12. Tab. apud Gell. *lib. ult. c.* 1., & Feſtum *lib.* 18. (*b*) Propter membrum igitur ruptum talio erat, hoc eſt pœna reciproca, *l.* 3. *Cod. Theod. de exhib. reis*, *l. hi, quos*, *Cod. Th. de accuſat.*, quam etiam pœnam jus Divinum ſtatuit Exodi 12.: & Ariſt. 5. *Ethic.* veterem quandam de talione Rhadamanti legem commemorat, ut quod quis alteri feciſſet, ipſe pateretur. Hoc nomine ſic Decemviros carpit Phavorinus apud Gellium *lib.* 20. *c.* 1., *Præter ulciſcendi acerbitatem, ne procedere quoque exequutio juſta talionis poteſt. Nam cui membrum ab alio ruptum eſt, ſi ipſi itidem rumpere per talionem velit: quæro, an efficere poſſit rumpendi pariter membri æquilibrium? In qua re primum ea difficultas eſt inexplicabilis. Quin ſi mem-*

(b) *Extant tamen adhuc in libris juris exempla talionum.* Calumniantes ad vindictam poſcit ſimilitudo ſupplicii, *ſcribunt Impp. Honor. & Theodoſ. l. ult. C. de accuſat. V. l. ult. C. de calumniat.*, *& l.* 7. *C. ad L. Jul. de vi publ.* Qui quamcumque perſonam caſtrare præſumunt, aut etiam præſumſerint, ſi quidem viri ſint, idem hoc, quod aliis fecerunt, & ipſi patiantur, *inquit Juſtinianus Nov.* 142. *de his, qui eunuch. fac. Non prætereunda eſt hic Leonis Nov.* 92., *ubi ita cautum*, Si quis cujuſquam viſum læſerit, hunc, ſi unum oculum ademerit, uno ſimiliter eodemque privari, ac talionis pœnam ſubire, jubemus - - Quicumque amborum oculorum jacturam alicui intulerit, ipſe uno orbator: & quoniam ſcelerata manu mutilari ipſum æquum eſſet, pro manus amiſſione beſſe bonorum ſuorum mulctator: eumque in acerbæ vitæ conſolationem, cui eruti ſunt oculi, accipito. *V. plura apud Forner. lib.* 2 *Selection. c.* 29.

membrum alter imprudens ruperit: quod enim per imprudentiam factum est: retaliari per imprudentiam debet. Ictus quippe fortuitus, & consultus non cadunt sub ejusdem talionis similitudinem. Quonam igitur modo imprudentem poterit imitari, qui in exequenda talione non licentiæ jus habet, sed imprudentiæ? Sed et si prudens ruperit: nequaquam patietur, aut altius se lædi, aut latius, quod cujusmodi libra, atque mensura caveri possit, non reperio. Quin etiam si quid plus erit, aliterve commissum, res fiet ridiculæ atrocitatis, ut contraria actio mutuæ talionis oriatur, & adolescat infinita quædam reciprocatio talionum. Contra quæ sic Sex. Cæcilius ibidem, *Decemviri minuere, atque extinguere volentes hujuscemodi violentiam pulsandi, atque lædendi talione eo quoque metu coercendos esse homines, putaverunt. Neque ejus, qui membrum alteri rupisset: & pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem, arbitrati sunt, ut an prudens, imprudensve rupisset, spectandum putarent: aut talionem in eo vel adamussim æquipararent: vel in librili perpenderent: sed potius eundem animum, eundemque impetum, in eadem parte corporis rumpendi, non eundem quoque casum exigi voluerunt: quoniam modus voluntatis præstari posset, casus ictus non posset . . . . Quæ obsecro te, ista acerbitas est, si idem fiat in te, quod tute in alio feceris? Præsertim quum habeas facultatem paciscendi, & non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris . . . . Nolo hoc ignores, hanc quoque ipsam talionem ad æstimationem judicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depacisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat: æstimata lite judex hominem pecuniæ damnabat: atque ita si reo & pactio gravis, & acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniæ mulctam redibat.* Jam si os fractum esset, lege 12. Tab. numariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate, ut ait hic Tribonianus. Quales autem numariæ hæ pœnæ fuerint, non liquere, ait Borcholten. Gothofredus autem sic de ea re a Decemviris cautum suspicatur *tab.7.*, QUI OS EX GENETALI FUDIT LIBERO, CCC., SERVO, CL ÆRIS PŒNE SUNTO. Sane apud Paulum in *Collat. LL. Mosaic. tit.2. §.5.* scriptum erat, *Quæ lex generalis fuit libero trecentos servos CL. pœnam subito sestertiorum*; quem locum, est enim plane corruptus, ita restituit Gothofredus, *Qui os ex genetali fudit, libero CCC. servo CL. pœnam subito sestertiorum.* Schultingius tamen ad Paulum duo illa verba, *genetali fudit*, non patitur, neque enim, inquit, verbum *genetale* notum est eo sensu: nec veteres usquam dicunt, legem egisse de osse loco suo moto, sive fuso, sed de osse fracto. Ut ut hæc se res habeat, certe ex hoc loco, quales fuerint numariæ pœnæ pro osse fracto, licet intelligere. Huc pertinet illud Cæcilii apud Gellium *lib. 20. c. 1.*, Decemviri *injurias atrociores, ut de osse fracto non liberis modo, verum etiam servis factas, impensiore damno vindicaverunt.* Reliquas injurias verbales & reales 25. assibus lex 12. Tab. æstimabat, SI INJURIAM ALTERI FAXIT, VIGINTIQUINQUE ÆRIS PŒNÆ SUNTO. Gell. *lib. 20. c. 1.*, (c) ubi perperam Phavorinus hanc legem, ut molliorem carpit,

---

(c) *At alia sunt ejus legis verba apud Paulum in Collat. LL. Mosaic. tit. 2. §. 5.*, Qui injuriam alteri facit, quinque & viginti sestertiorum pœna subit. *Latini sermonis ratio postulat, ut pro iis*, pœna subit, *legamus*, pœnam subito. *Sed hoc leve est, Illud me non mediocriter commovet, quod Paulus* XXV. sestertiorum *meminerit, quum tamen Gellius scribat lib.20. Noct.*

pit, quum ea satis opportuna fuerit pro veteri Romanorum paupertate, de qua Liv. *lib.* 11. *cap.* 51., & Dion. Halicarnas. *lib.* 5. *cap.* 47. Atque hoc est, quod Cæcilius Phavorino reponebat apud Gellium, *Tametsi hæc ipsa paucitas assium grave pondus æris fuit, nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est*. Sed quid est membrum ruptum? quid os fractum? Balduinus ad *Leg.* 12. *Tab.* non intelligit, quid intersit inter os fractum, & membrum ruptum: sed duo hæc distinguuntur in L. Aquilia §. 13. *sup.*, & forsan ruptum est corruptum, decoloratum: os fractum est pes vel brachium disruptum, & in partes factum; pes, inquam, vel brachium, os enim hic non est *os, oris*, ut male arbitratur Alexand. ab Alex. *lib.* 6. *cap.* 10., sed *os, ossis*. Gell. *ibid.*; nisi corruptus sit leg. 12. Tab. locus. Aut. Contius hic. Pœnam hanc lege 12. Tab. inflictam aspernatus L. quidam Veratius injurias facere, easque tam vili redimere delectabatur. De eo sic Labeo apud Gell. *ibid.*, *Pro delectamento habebat os hominis liberi manus suæ palma verberare. Eum servus sequebatur crumenam plenam assium portitans, & quemcumque depalmaverat, numerari statim secundum* 12. *Tab.* v. *&* xx. *asses jubebat. Propterea Prætores postea hanc abolescere, & relinqui censuerunt: injuriisque æstimandis recuperatores se daturos, edixerunt*. Sane ait hic Tribonianus, permisisse Prætores iis, qui injuriam passi sunt, *eam æstimare, ut Judex vel tanti reum condemnaret, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, ut ei visum fuerit*, *h.* §. Atque hæc pœna æstimatoria appellatur a Prætore permissa, & moribus recepta; abiit enim in desuetudinem pœna leg. 12. Tab. Bene autem Tribonianus monet hic Judices, ut rationem habeant non solum injuriæ, verum etiam personæ injuriam passæ, utrum in dignitate sit constituta, nec ne, utrum honesta sit, an non; nam secundum gradus dignitatis, vitæque honestatem crescit, aut decrescit æstimatio injuriæ. Jam hic gradus in servo etiam servatur, ut *aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo, vel compedito constituatur*, *h.* §. Major sane fit injuria, si injuria afficiatur servus *actor*, cui res suas omnes dominus curandas detulerat, ita ut ejus læsio totius esset familiæ detrimentum, *l. ult. de off. Præsid.*, *l.* 46. §. 7. *de jure fisci*. (*d*)

§. VIII.

---

c. 1., *Decemviros* in injurias v. & xx. assibus sanxisse. *Cujacius, quem secutus est Salmasius de mod. usur. c.* 6., *&* 17., *sic de ea re censet lib.* 19. *Obs. c.* 31., *pœnam* xxv. *assium auctis civium Romanorum facultatibus fuisse a juris auctoribus commutatam, pro assibus substitutis sestertiis. Sed recte Schultingius ad Paulum inquit, si pro asse reponas sestertium nummum, quoniam asses tempore Decemvirorum librales erant, ut tradunt Plinius lib.* 33. *Hist. c.* 3., *& Gellius ibidem, multo minorem fore summam: contra multo majorem, si pro assibus substituas sestertia. Verosimilius igitur putat*, τὸ sestertiorum *Pauli non esse*.

(*d*) *De servo actore memini me alibi scripsisse. Is erat, cui dominus omnium rerum summam credebat. Plaut. Asin. act.* 2. *sc.* 4. *v.* 52. *Medii actus homo, seu mediastinus, erat servus inter honoratiores medius, & despectissimos. Lambinus ad illud Horatii lib.* 1. *ep. ad Villicum suum*

Tu mediastinus tacita prece rura petebas, *ut scribit*, mediastinum *sic dictum a medio, &* stando, *quippe qui ad omnia fere ministeria paratus, & tanquam in medio positus esse debuerit; affertque illud Catonis*, Ille imperator: tu illi, ac cæteris mediastinus. *In imo ordine erant compediti*,

§. VIII. Successit Lex Cornelia de injuriis, quam tulit L. Cornelius Sylla forsan eo tempore, quo Remp. constituebat, bello civili, & cædium impunitate, ac proscriptione jactatam, ut bene Hotomanus. Ex ea lege injuriarum actio tres ob caussas prodita est, quod quis se aut *pulsatum*, aut *verberatum*, aut *domum suam vi introitam esse diceret*, *l. 5. h. t.* Inter pulsationem, & verberationem hoc interesse Ofilius scribit, *verberare est cum dolore cædere: (e) pulsare, sine dolore*, *d. l. 5. §. 1.* Domum accipere debemus, *non proprietatem domus, sed domicilium. Quare sive in propria domo quis habitaverit, sive in conducta, vel gratis, sive hospitio receptus, hac lex locum habebit*, *d. l. 5. §. 2.*. Duarenus 1. *Disp. 31.*, Cujacius ad *l. 6. h. t.*, & alii non pauci existimant, Cornelium hac lege publicum judicium constituisse: mea quidem sententia perperam. Injuriarum caussam *non publici judicii, sed privati* continere querelam, ajunt Diocletianus, & Maxim. *l. 7. C. h. t.* Injuriarum actionem *inter privata delicta* veteris juris auctores connumerasse, inquit Zeno *l. ult. C. eod.* Et disertissime apud Paulum scriptum est *l. 42. §. 1. de procurat.*, ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procuratorem dari posse, *nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est*. Hinc neque in *l. 1. de publ. jud.*, neque in *tit. ult.* hujus libri publicis judiciis accensetur. Erat quidem criminale hujus legis judicium, & Romæ in eos, qui injurias fecissent, ex lege Cornelia *extra ordinem animadvertebatur*, ut Paulus scribit *lib. 5. sent. tit. 4. §. 8.*: sed tamen erat privatum. Apud Græcos hæc actio lege Solonis erat publica, sic ferente natura Democratiæ, in qua injuria libero homini illata publicam lædere libertatem videbatur: quod luculenter confirmat Heraldus *Obs. 48.* testimonio Luciani sic exclamantis in *Timone*, *O Democratia, & leges! Verberamur a nefario homine in civitate libera*; & dicto illo Lenonis vapulantis in palliata Terentii Comœdia, quæ inscribitur *Adelphi*, *Act. 2. sc. 1. v. 21.*

> *Quid hoc rei est? Regnumne, Æschine, hic tu possides?* Et *v. 29.*
> *O hominem impurum. Hiccine libertatem ajunt esse æquam omnibus?*

§. IX. Nunc de atroci injuria. Atrocem injuriam quasi *contumeliosiorem, & majorem* accipimus, *l. 7. §. pen. h. t.* Eam *aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri*, Labeo ait apud Ulp. *d. l. 7. §. ult.* Eadem partitione utitur Quintil. *Declam. 252.*, *Differunt hæc & personis, & temporibus, & locis.*

PER-

---

diti, *quos* adligatos *vocat Columella lib. 1. c. 9. Erant illi pedibus vincti, & possessionum ergastulis coercebantur. Plinius lib. 18. ep. 3. de agricultura ad vilissima quæque servitiorum redacta inquit*, At nunc eadem illa vincti pedes, damnosæ manus, inscripti vultus exercent.

(e) *Ofilium & Ulpianum ridet Valla, quod* pulsare *interpretentur*, cædere sine dolore, *quum contra, ut ipse ait*, pulsare *sit* gravi & vehementi ictu cædere, *& plerumque* pulsatio fiat in facie. *Sed neque semper* pultare *est, quod putat Valla, nam* pulso *est a* pello, *quod non est proprie percutere, aut ferire: neque ea fuit mens Jurisconsultorum, pulsationem semper sine ullo dolore fieri, sed certe hæc, levius esse* pulsare, *quam* verberare, *nam* pulsare *quandoque est* pellere, *& sine dolore fit, quo sensu accipitur in lege Cornelia: at* verberare *ex communi loquendi consuetudine semper est cum dolore. V. Duker de Latinit. Jurisc. c. 47.*

PERSONA *atrocior injuria fit, ut quum magistratui. quum parenti, patrono fiat*. Arnob. *adv. gent. lib.* 4., *Magistratum in ordinem redigere, Senatorem convitio prosequi suis esse decretis periculosissimum pœnis*: Videndum etiam, an injuria ab humili homine viro in dignitate posito facta sit, quod bene monet Paulus 5. *sent.* 4. §. 10., & Tribonianus hic. *O quam acres habes dolorum aculeos contumelia, quam imponit inferior!* ajebat Nazarius *Panegyr. ad Constant. Magn. c.* 12. TEMPORE, *si ludis*, (*puta in theatro*, ut ait hic Tribonianus) *& in conspectu. Nam Prætoris in conspectu*, (*f*) *an in solitudine injuria facta sit, multum interesse ait, quia atrocior est, quæ in conspectu fiat*. RE *atrocem injuriam haberi, Labeo ait, ut puta si vulnus latum, vel os alicui percussum*. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percusserit: quartam hanc caussam addit Tribonianus, quæ tamen commode potest ad tertiam referri. Claudius Saturninus *l.* 16. §. 1. *de pœn.* septem criminum circumstantias affert: sed, ut recte visum Grotio *lib.* 2. *c.* 20. §. 37. perturbate, & confuse. Est & Ulpiani locus de atroci injuria in *Collat. LL. Mosaic. tit.* 2., ad quem vide Pithoeum, & Heraldum *Obs.* 47., contra quem super eo loco disputabimus in nostris *Observationibus juris*.

§. X. Qui injuriam passus est vel civiliter aget, vel criminaliter. In civili judicio ad æstimationem agitur: in criminali ad pœnam officio judicis irrogandam. Vel civiliter, inquam, vel criminaliter, disjunctive enim loquitur hic Trib., ut ostendat, non posse civilem, & criminalem actionem cumulari. Nec quidquam obturbat, quod actio furti, & rapinæ cum criminali conjungatur; ut supra dictum est; nam in furto, & rapina una actio rem familiarem, altera vindictam publicam respicit, quo casu una alteram non tollit, *l. unic. Cod. quando civilis actio crimin. præjud.*, Cujac. 20. *Observ.* 25., *&* 26. At quum injurias persequimur, utraque actio solam vindictam spectat, *l.* 2. §. *emancipatus, de collat. bonor.*, ubi ait Consultus, injuriarum actionem *magis vindictæ, quam pecuniæ persequutionem habere*, ubi τὸ *magis* comparative non sumitur, sed positive. Hinc qui actione injuriarum agit, eum caussam doloris agere, ajebat Imperator

Va-

(f) *Hæc verba sic esse emendanda contendit Cujacius ad Paul. ibid.*, *&* 9. *Obs.* 16., *ut pro* in Prætoris conspectu *legatur* in P. Romani conspectu, *ea maxime ratione, quia Ulpianus solitudini celebritatem ludorum opponit: tanti autem non est conspectus Prætoris, ut ei solitudo opponatur. Sed certe in eo peccavit Cujacius, quod non advertit, idem esse apud Ulpianum* in conspectu Prætoris, *ac in Populi Romani frequentia, & ludorum celebritate, Pratores enim Romæ curabant ludos, iisque præerant, unde meminit idem Ulp. l.* 10. *ff. comm.* Prætoris ludos edentis, *quo loco perperam Budæus Prætorem interpretatur Imperatorem Romanum ludos pro relata victoria exhibentem. Pertinet huc Ammiani Marcellini testimonium lib.* 27. *c.* 5., Quum magnificos Prætor ederet ludos, & uberrime largiretur. *Pertinent etiam maxime Martii vatis carmina apud Macrobium*,

Apollini censeo vovendos ludos,
Quoi quot annis communiter Apollini fiant:
Iis ludis faciundis præsit is Prætor,
Qui jus populo plebique dabit summum.

V. Fornar. lib. 1. *Select. c.* 21.

Valentinianus: & Ulpianus in *l. Prætor*, §. 1. *h. tit.* inquit, in actione injuriarum agi *principaliter* de re, quæ *publicam habet exequutionem*. Apposite Tullius *pro Cæcin.* actionem inquit injuriarum *non jus possessionis adsequi, sed dolorem imminutæ libertatis judicio pœnaque mitigare*. Instituto autem criminali judicio extraordinariam reo pœnam Judex infliget, sive *exilium*, sive *ordinis amotionem*, *l. qui injuriarum 43.*, *h. tit.*, sive *fustes*, quum, qui injuriam fecerunt, liberi quidem sunt, sed humilioris loci, nam servi flagellis cæsi dominis restituuntur, *l. ult. eod.*, sive aliam hujusmodi, quum certa injuriarum pœna in jure nostro expressa non sit. Vide Borcholten hic. Et quamquam in criminalibus procuratori non sit locus, *l. pen.* §. 1. *de public. jud.*; Zeno tamen Imp. Viris *Illustribus*, & *qui super eos sunt*, indulsit, ut criminalem actionem, & persequi per procuratorem, & suscipere possent, *h. §.*, & *l. ult. Cod. de injuriis*. Illustres viri erant Consules, Patricii, Præfecti Prætorio, Urbi, Magistri militum, & Officiorum, Quæstores, Præpositus sacri cubiculi, Comites largitionum, & rerum privatarum, & domesticorum, *l. ult. C. ubi Senat. vel Clariss.*, *l. 1.*, & *2. Cod. de Præf. Præt. Urb.* Ex his Patricii, & Consules, ut & dignitates, quæ Illustres viros præcedebant, *Superillustres* erant. His notis illustres Viri designabantur, V. I., aut INL.; nam veteres scribebant, *Inlustris*. Ipsi etiam Reges *Illustres* dici passi sunt: nec rara est in veterum monumentis ea formula, REX. VIR. INLUSTER. V. Sirm. ad *Ennod. lib. 4. ep. 10.* Late de Illustribus, & Superillustribus Pancirol. in *Notit. cap. 2.*, & Gruter. *de Off. Dom. Aug. lib. 1. c. 10.*, & *11.*

§. XI. Non solum autem hac actione convenitur is, qui per se fecit injuriam, sed & qui dolo malo fecit, ut alius esset injurius, *h. §.*, & *l. non solum, pr. h. t.* Dolo, inquam, malo; si enim hic abest, jam omnis abest injuria. Hinc neque furiosus, neque impubes injuriam facit, quum nullus in eis sit dolus, *l. illud, h. t.*, neque is, qui hominem liberum, putans servum suum, percussit, *d. l. illud, in fine*, neque demum is, qui quum percutere servum vellet, in proximo stantem invitus percussit, *l. si eum servo 4.*, *h. t.*

§. XII. Dissimulatione actionem hanc tolli, ait hic Trib. Hinc si quis injuriam derelinquat, hoc est statim ut passus est, ad animum suum non revocet; postea ex pœnitentia remissam injuriam recolere non potest, *hoc §.* Non revocare autem ad animum videtur Theophilo is, qui *non indignatur ob id, quod factum est, nec ut rem indignam accepit in ipso temporis articulo, quo fiebat injuria*. Præterea tollitur injuria remissione: atque hæc vel expressa est, vel tacita. Expressa fit pacto, vel transactione, *l. 11. §. 1. v. proinde, h. t.* Tacita ex animi jam pacati indiciis eruitur, ut blanda salutatione, manuum junctione, compotatione amica &c.: nam quia pœnæ semper aliquid odii habent, levis etiam conjectura sufficit, ut remissæ intelligantur, ait Grotius *lib. 3. cap. 20. §. 18.* Anno etiam tollitur injuria, *l. 17. §. 6. in fin. h. t.*, & *l. 5. Cod. eod.* Num vero hic annus continuus esse debeat, an utilis, disputat Huberus hic, quem vide.

DE

DE OBLIGATIONIBUS,

Quæ quasi ex delicto nascuntur. (a)

TITULUS V.

9. ff. 3. 47. C. 5.

SI judex litem suam fecerit: non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

1 Item is, ex cujus cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum, effusumve aliquid est, ita, ut alicui noceret: quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum, aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo vero, quod dejectum, effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia, quæ in curatione facta sunt, præterea operas (b), quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis est factus.

2 Si filiusfamilias seorsum a patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum, effusumve fuerit, sive quid positum, suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.

3 Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli de damno, (c) aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Quum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, & aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

(a) *In nonnullis Codicibus est*, De Obligationibus quasi ex delicto.
(b) *Malunt alii*, operarum.
(c) *V. Comm. nostr.*

COM-

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Quasi delinquere Jurisconsultis dicitur, qui non dolo peccat, sed imprudentia. Pertinet huc Judex, qui male per imprudentiam judicat, nam quasi ex maleficio tenetur, *h. pr.*, *&* *l.* 5. §. 4. *de O. & A.*, *& l. ult. de extr. cogn.* Is judex *litem facit suam*, hoc est, litis periculum suscipit: quo sensu ajebat Seneca *de Consol. ad Polyb.*, *Quid cessas? conqueramur: atque adeo hanc litem meam facio*: & Gellius *lib.* 10. *cap.* 1., *Et ego adversus eum, qui doctus esse videbatur, litem meam facere nolui.* Litem quoque suam facere dicebatur, qui ad constitutum tempus in comitium judicaturus non venerat, scriptum est enim apud Macrobium *lib.* 2. *Sat. cap.* 12., *Cajus Titius vir, ut ait, ætatis Lucilianæ, in Oratione, qua legem Fanniam suasit . . . . eleganter describens homines prodigos in forum ad judicandum ebrios commeantes . . . . Inde, inquit, ad Comitium vadunt, ne litem suam faciant.* Denique litem facit suam, qui dolo malo in fraudem legis sententiam dicit, hoc est, vel evidenti gratia, vel inimicitia, vel per sordes, ut explicat Ulpianus *l.* 15. §. 1. *de judic.* Neque, quod putat Budæus eo nomine a Cujacio reprehensus 8. *Obs.* 9., Ulpiano contrarius est Cajus in *l. ult. de var. & extr. cogn.*, ubi scribit, judicem, si litem suam fecerit, peccasse quidem intelligi, sed per imprudentiam: utrumque enim verum est diverso effectu. Qui male judicat per dolum, vere delinquit, & litis, ac famæ periculum subit ex Constantini rescripto in *l. ult. C. de pœn. jud.*, *qui mal. jud.*; imo lege 12. tab. judex arbiterve jure datus ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus capite puniebatur, teste Gellio *lib.* 20. *c.* 1., *&* 14., deinde ex lege Julia repetundarum mitius cum eo actum, *l.* 3. *&* 4. *ad L. Jul. repet.*, excepta specie *legis* 1. *pr. ad L. Cornel. de Sicar.* Qui per imprudentiam, quasi delinquit, &, salva existimatione, solam litem facit suam, &, quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit, ut loquitur post Cajum Tribonianus. Verum quid caussæ esse dixeris, quod medicus male per imperitiam medicinam faciens vere delinquat, §. 7. *sup. de L. Aquil.*? An quia medici imperitia corpus lædit: judex autem a læsione corporis nimium procul abest? Ita nonnullis est visum. An potius quia judicis munus publicum est, quod invitis etiam publica auctoritate imponitur: medici vero sponte sua medicinam faciunt? Sic videtur aliis, cum quibus sentio, nam imperitia culpa non est, nisi in eo, qui artis peritiam sponte sua profitetur, *l.* 9. §. *pen.*, *l.* 13. §. 5. *ff. locat.* Sed est tamen a Judice distinguendus in hac re Prætor, vel Præses, si enim jus male sit dictum per imprudentiam, non debet id Prætori, vel Præsidi officere, sed adsessori, qui jus dixit, *l.* 2. *ff. quod quisq. jur.*, *l.* 9. §. 3. *ff. quod met. caus.*, *l.* 5., *&* 8. *de man. vind.* Joseph. *lib.* 2. *adv. Appion.* Ammian. Marcellin. *lib.* 23. Judices quidem debebant juris scientes esse, & secundum leges se judicaturos jurabant, qua de re infr. ad *tit.* 17.: Magistratus non debebant, qua de re Hotomanus *illustr. Quæst.* 28. Sane Magistratus adsessores, adhibebant Jurisconsultos, *d. l.* 2. *quod quisq. jur.*, *& l.* 1. *de adses.*; at judices, etsi quandoque Jurisperitos adhibere in consilium judicaturi solerent, teste Gellio 12. *Noct.* 13., plerumque tamen ipsi per se caussas cognoscere debebant, easque nemine adsidente dijudicare, *Nov.* 82., ubi advertit Cujacius, Magistratus ut plurimum militares fuisse, & legum igna-

ignaros. Hinc Tullius *pro Plancio* de Romanorum Magistratibus, *Si qua*, inquit, *est ars*, *Populus Romanus facile patitur: sin minus*, *virtute eorum*, *& innocentia contentus est*. *Quotus quisque enim disertus est? Quotus quisque jurisperitus est?*

§. I. Ad hunc quoque locum spectant *dejecta* & *effusa*, de quibus sic Prætor caverat, UNDE IN EUM LOCUM, QUO VULGO ITER FIET, VEL IN QUO CONSISTETUR, DEJECTUM, VEL EFFUSUM QUID ERIT, QUANTUM EA RE DAMNUM DATUM, FACTUMVE ERIT, IN EUM, QUI IBI HABITAVERIT, IN DUPLUM JUDICIUM DABO. SI EO ICTU HOMO LIBER PERISSE DICETUR, L. AUREORUM JUDICIUM DABO. SI VIVET, NOCITUMQUE EI ESSE DICETUR, QUANTUM OB EAM REM ÆQUUM JUDICI VIDEBITUR, EUM, CUM QUO AGETUR, CONDEMNARI, TANTI JUDICIUM DABO. SI SERVUS INSCIENTE DOMINO FECISSE DICETUR, IN JUDICIO ADJICIAM: AUT NOXAM DEDERE, *l. 1. pr. de his*, *qui effud. vel dejec.* Summa est hujus Edicti utilitas, *publice enim utile est*, *sine metu & periculo per itinera commeari*, *d. l. 1. §. 1.* Et parvi interest, *utrum publicus locus sit*, *an vero privatus*, *dummodo per eum vulgo iter fiat: quia iter facientibus prospicitur*, *non publicis viis studetur*, *d. l. 1. §. 2.* Est autem actio in duplum, excepto si homo liber periit, *quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest*, *sed quinquaginta aureorum æstimatio fit*, *d. l. 1. §. 5.* At quantum ob eam rem æquum judici videbitur, tanti judicium se daturum promittit Prætor, si vivat homo, nocitumque ei esse dicatur: quæ Edicti verba sic explicat Ulpianus §. 6., *Hæc verba non pertinent ad damna*, *quæ in rem hominis liberi facta sunt*, *si forte vestimenta ejus*, *vel quid aliud scissum*, *corruptumve est: sed ea*, *quæ in corpus ejus admittuntur.* In lite æstimanda judex computat mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit æstimatio, quia liberum corpus nullam recipit æstimationem, inquit Cajus *l. 7. eod.* Quod postremum de cicatricibus ac deformitate nescio, cur interpretes nonnulli, inter quos Ravennas, & Albericus ad *l. 36. ff. si quadrupes*, in maribus quidem admittant, negent in feminis: quum Caji ratio apertissime distinctionem illam excludat. Datur hæc actio in eum, *qui inhabitat*, *quum quid dejiceretur*, *vel effunderetur*, *non in dominum ædium*, *culpa enim penes eum est*, *d. l. 1. §. 4.*, nempe quod servum aut liberum (a) adeo improvidum habeat: quumque is, qui inhabitat, ob alterius culpam teneatur, patet, non proprie ex maleficio obligari, *l. 5. §. 5. de O. & A.*: ideo autem scriptum est, culpam penes eum esse, quia *habitator suam*, *suorumque culpam præstare debet*, *l. 6. §. 2. de his*, *qui effud.* Jam *habitare dicimus vel in suo*, *vel in conducto*, *vel gratuito*, & *multum interest inter habitatorem*, *& hospitem*, *quantum interest inter domicilium habentem & peregrinantem*: unde constat, pro

(a) *Ita in l. 5. §. 5. de O. & A.*, *& h. §.*, aut servi, aut liberi, *hoc est liberi hominis*, *ut bene Theophilus*. *At Græci* liberum *hoc loco exponunt* filium, *vertunt enim* τὸ υἱὸν. *Liberum singulare numero Latine dictum contra Hotomanum ostendi lib. 3.*

pro dejectis & effusis eum teneri, qui hospitium dederit, non hospitem, *l.* 1. §. 9. *eod.* Quod *si plures in eodem cœnaculo habitent, in quemvis hæc actio dabitur, d. l.* 1. §. *ult., quum sane impossibile* (hoc est, difficile) *sit scire, quis dejecisset, vel effudisset, l.* 2. *eod.*; *& quidem in solidum. Sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur, l.* 3. *eod.* Secus est, si plures diviso inter se cœnaculo habitent, *l.* 5. *pr. eod.* Edixit quoque Prætor, NE QUIS IN SUGGRUNDA (*b*) PROTECTOVE SUPRA EUM LOCUM, QUO VULGO ITER FIET, INVE QUO CONSISTETUR, ID POSITUM HABEAT, CUJUS CASUS NOCERE CUI POSSIT. QUI ADVERSUS EA FECERIT, IN EUM SOLIDORUM DECEM IN FACTUM JUDICIUM DABO, *l.* 1. §. 6. *h. t.* Et quoniam Prætor ait, *cujus casus nocere posset*, hinc manifestari ait Ulpianus *d. l.* 5. §. 11., *non omne, quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere Prætorem*, & præterea, non esse spectandum, *ut noceat, sed omnino, si nocere possit*, Edicto locum esse: Romæ in cœnaculis, quæ superior ædium pars erant, plebs habitabat. Prudent. *adv. Symmach.*,

Omnis, qui celsa adscendit cœnacula vulgus. Vitruv. *lib.* 2. *c.* 8., *Quum recipere non posset area plana tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis ædificiorum res ipsa coegit devenire. Itaque pilis lapideis, structuris testaceis, parietibus cæmentitiis altitudines extructæ, contignationibus crebris coaxatæ, & cœnaculorum utilitates summas perficiunt, & despectationes.* Ex tam editis locis casus periculosi. Juvenal. *sat.* 3.

Respice nunc alia, ac diversa pericula noctis;
Quod spatium tectis sublimibus, unde cerebrum
Testa ferit, quoties rimosa & curta fenestris
Vasa cadant. Hinc merito Prætor de dejectis, effusis, ac suspensis Edicto cavit.

§. II. Quid si filiusfamilias seorsum a patre habitet? num pro dejectis, aut effusis, aut suspensis in patrem datur actio? Et Juliano placuisse, ait hic Tribonianus, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum; pater enim pro filii maleficio, aut quasi maleficio non tenetur, *l.* 1. *& pass.m, ff. de pecul., l. in pœnalibus* 58. *de R. J.*, & §. *ult. infr. de noxal.* Atque hoc est, quod Ulpianus scribit *l.* 1. §. 37. *de his, qui effud.*, pro dejectis, aut effusis ex cœnaculo filii de peculio in patrem non dari, *quia non ex contractu venit.* Idem in filiofamilias judice, qui litem suam fecerit, observandum esse, addit Tribonianus. Obstat Ulpianus *l.* 15. *de jud.*, ubi ait, in hac specie locum esse actioni de peculio, *Filiusfamilias judex, si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc in peculio fuit, quum sententiam dicebat.* Sed verosimile est, quod arbitratur Accursius, accipi Ulpianum debere de actione rei judicatæ, quæ dicta in filium sententia in patrem datur, *l.* 3. §. 11. *de pecul.* V. Cujac. *lib.* 13. *Obs. c.* 18.

§. III. Denique ex quasi maleficio tenetur in duplum exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli, si damnum, aut furtum in navi, aut caupona, aut stabulo factum sit ab aliquo eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet, *h.* §. *l. pen.* §. *ult. ff. naut. caup. stab.*, & *l.* 5. §. *item*

(b) *De his dictum lib.* 2. *tit.* 3.

§. *item exercitor*, *de O. & A.* Nautæ, Caupones, Stabularii Edicto Prætoris non quo nomine coerciti, ut patet ex *tit. ff. naut. caup.*, ad quem vide Cujac. *lib.* 27. *Obs. c.* 31., nam male apud veteres audiebant, unde Horatius *sat.* 5. *lib.* 1. *v.* 4.

- - - - - - - - *inde forum Appi*,

Differtum nautis, cauponibus atque malignis; quum enim frequentissima apud Romanos essent hospitia cum privata, tum publica, de quibus vide Pitiscum in *Lexic.*, quumque viri in aliqua dignitate positi proprias sibi naves conducere solerent; nautis, cauponibus, stabulariis nulla prope erat cum honestis viris consuetudo, erantque publicæ naves, cauponæ, stabula vilissimorum ac perditorum hominum receptacula. Sunt & alia quasi maleficia, quorum non meminit hoc tit. Tribonianus: tu vide *l.* 7. *pr.*, *ff. depos.*, & *l.* 45. *pr.*, *ff. ad L. Aquil.* Illud moneo, actiones ex tribus expositis quasi delictis *in factum* dici, nam neque dolum, neque culpam, sed ipsum factum delicto affine persequuntur. Opinionem Thomasii in *Phil. jur.* §. 142., in veris delictis dolum subesse, in quasi delictis culpam, satis refellit damnum Legis Aquiliæ, quod verum maleficium est, etsi sola subsit culpa.

DE ACTIONIBUS.

TITULUS VI.

Superest, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

1 Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices, arbitrosve de quacunque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio: quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare, aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditæ actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possidet quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

2 Æque si agat quis, jus sibi esse fundo forte, vel ædibus utendi, fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi: in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum, veluti si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones: ut si quis intendat jus non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi: item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive, istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his is agit, qui non possidet: ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget

get rem actoris esse. Sane uno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

3 Sed istæ quidem actiones; quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis, & civilibus caussis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet, tam in rem, quam in personam, quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere, ut ecce: Plerumque ita permittit Prætor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit, vel ex diverso possessor (a) dicat adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.

4 Namque si cui ex justa caussa res aliqua (b) tradita fuerit (veluti ex caussa emtionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est, si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habent in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse: quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Prætore in edicto proposita est.

5 Rursus ex diverso, si quis quum Reipublicæ caussa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit: permittitur domino, si possessor reipublicæ caussa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere; idest, ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam, & aliis simili æquitate motus Prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum, seu Pandectarum volumine intelligere licet.

6 Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia Præsidis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, idest, dicere eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.

7 Item Serviana, & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora, hipothecasve persequuntur. Inter pignus autem, & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. Nam de qua re inter creditorem, & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur: sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

8 In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Prætor: veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione quum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, & ea quasi supervacua jussa est cum sua aucto-

---

(a) *V. Comm. nostr.*

(b) *Malunt nonnulli* aliena *ex Theophilo: sed contra fidem omnium Codicum.*

auctoritate a nostris legibus recedere. Item Prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum, & eam, ex qua quæritur, an actor juraverit, & alias complures.

9 De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

10 Actiones autem de peculio ideo adversum patrem, dominumve comparavit Prætor, quia licet ex contractu filiorum, servorumve ipso jure non teneantur: æquum tamen est peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum, filiarumque, item servorum) condemnari eos.

11 Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur; justissime commodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

12 Pœnales quoq; actiones Prætor bene (c) multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset: & in eum, qui patronum, vel parentem in jus vocasset, quum id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit, & alias innumerabiles.

13 Præjudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, vel libertus sit: vel de partu adgnoscendo. Ex quibus fere (d) una illa legitimam caussam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: ceteræ ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

14 Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, *Si (e) paret eum dare oportere*. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat. Nec res, quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli, aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur; *si paret eos dare oportere*: quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

15 Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim est denunciare prisca lingua, nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit, dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit.

16 Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mistæ sunt.

17 Rei persequendæ caussa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferę omnes rei persequendæ caussa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex emto vendito, locato conducto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa depositum sit, in duplum actionem Prætor reddit: si modo cum

---

(c) *V. Comm. nostr.*
(d) *V. Comm. nostr.*
(e) *Male vulgo* apparet. *V. Comm. nostr.*

cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede ejus de dolo ipsius agitur, quo casu mista est actio.

18 Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ caussa comparatæ sunt: (f) aliæ tam pœnæ, quam rei persequendæ, & ob id mistæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti dupli: de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, idest, suam esse petens: sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.

19 Vi autem bonorum raptorum actio mista est, quia in quadruplum (g) rei persequutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuriæ (h) mista est: non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum, & si in simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum, aut luscum occiderit, qui in eo anno integer, & magni pretii fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mista est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati, vel fideicommissi nomine, dare distulerint: usque adeo, ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim & ipsam rem, vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.

20 Quædam actiones mistam caussam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam: (i) qualis est familiæ ercifcundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono, & æquo adjudicare, & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

21 Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.

22 In simplum agitur: veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto vendito, locato conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis caussis.

23 In duplum agimus: veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam caussis. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu, consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.

24 Tripli vero, quum quidam majorem veræ æstimationis (l) quantitatem

---

(f) *V. Comm. nostr.*
(g) *Vulgo* quadruplo.
(h) *Alibi est*, de damno injuria dato.
(i) *V. Comm. nostr.*
(l) *Cujacius, quem Hotomanus, & Charondas sequuntur, mavult*, Tripli vero, quum quidam majorem veræ æstimationis quantitatem in libello conventionis inseruit.

tatem in libello conventionis inferunt, ut ex hac caussa viatores, idest, exequutores litium, ampliorem summam sportularum nomine exegerint; tunc enim id, quod propter eorum caussam damnum passus fuerit reus, (m) triplum ab actore consequetur: ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, quæ in nostro Codice fulget, quam proculdubio certum est ex lege condictitia (n) emanare.

25 Quadrupli, veluti furti manifesti: item de eo, quod metus caussa factum sit, deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur calumniæ caussa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item, ex lege condictitia (o) nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis exequutoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam a reis quidquam exegerint.

26 Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti, a ceteris, de quibus simul loquuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at illæ, idest, damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi, inficiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de his competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usquequo jussu magistratuum conveniatur. In confitentem vero, (p) antequam jussu magistratuum conveniatur, solventem, simplum redditur.

27 Item actio de eo, quod metus caussa factum sit, a ceteris, de quibus simul loquuti sumus, eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in ceteris casibus non est ita: sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.

28 Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris (q). Bonæ fidei sunt hæ, ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pigneratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea, quæ ex permutatione competit, & hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hereditatis petitio esset, an non: nostra tamen constitutio aperte eam esse bonæ fidei disposuit.

29 Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed quum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu actio, quæ pro eo introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed (r) & tacitam

(m) *Ita in omnibus Charondæ*; *at alibi*, in triplum.
(n) *V. Comm. nostr.*
(o) *V. Comm. nostr.*
(p) *Apud Theophil.*, & *in omnibus Charondæ*, vero & antequam.
(q) *V. Comm. nostr.*
(r) *Tò* sed *neque in Paraphrasi Theophili est*, *neque in nonnullis Charondæ*.

citam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, quum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

30 In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono, & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actnm est, debeat condemnari. Sed & in strictis juris judiciis, ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus: ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

31 Præterea quasdam actiones arbitrarias, idest, ex arbitrio judicis pendentes appellamus: in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali caussa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod vi, (*s*) aut metus caussa, aut dolo malo factum est. Item quum id, quod certo loco promissum est, (*t*) petitur: Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus, & ceteris similibus permittitur judici ex bono, & æquo, secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

32 Curare autem debet judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ, (*u*) vel rei sententiam ferat: etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.

33 Si quis agens, in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, a caussa cadebat, idest, rem amittebat: nec facile in integrum restituebatur a Prætore, nisi minor erat vigintiquinque annis. Huic enim, sicut in aliis caussis, caussa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ita & in hac caussa succurri solitum erat. Sane si tam magna caussa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit: post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam dodrantem: atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. (*x*) Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco, & caussa. Re, veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit, aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem par-

---

(*s*) Tò vi *neque Theophilus habet, neque ullus Charondæ Codex.*
(*t*) *Intrudunt nonnulli*, alio loco: *inepte sane.*
(*u*) Certæ rei *apud Theoph., & MS. quibusdam: sed* Tò certæ *omitti potest.*
(*x*) *V.Comm.nostr.*

partem suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem, vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur: eadem ratione, qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti quum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit, sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est: verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit, *Ephesi dare spondes?* Romæ pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam caussam alio loco petenti arbitraria actio proponitur: in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. (y) Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento: quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub eisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, idest, eo loco petat, quo, ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam Prætor monstrat: scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est is, qui caussa plus petit, ut ecce, si quis ita a te stipuletur, *Hominem Stichum, aut decem aureos dare spondes?* deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario: & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de caussa talis in ea re prodita est actio, *ut quis intendat hominem Stichum, aut aureos decem sibi dari oportere*, idest, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea, si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat: aut generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat: aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat: plus petere intelligitur: quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod plus (z) petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia sæpe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant. Postea vero lex Zenoniana, & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio: sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac caussa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione (sicut supra diximus) puniatur.

34 Si minus in intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat: veluti si quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse

(y) *Verba*, quo se soluturum spopondit, *sive ut alibi legitur*, quo solvere deberet, *a castigatioribus Codicibus absunt.*

(z) *Ita optimi quique Codices, non, ut vulgo*, quis petat, *aut*, quod quique, *ut quidam Charonda.*

esse petierit: sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio ei condemnat, ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

35 Si quis aliud pro alio intenderit: nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

36 Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur: sed modo solidum persequimur, modo minus: ut ecce, si in peculium filii, servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

37 Item si de dote in judicio mulier agat: placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, idest, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur: si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est: quia ipso jure necessariis sumtibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

38 Sed & si quis cum parente suo, patronove agat: item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est si quis ex donatione sua conveniatur.

39 Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono, & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem caussa præstare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnat, sicut jam dictum est.

40 Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur: inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Jam tertiam juris partem aggredimur, actiones. Factum actionis nomen ab agendis in judicium reis, Theophili sententia est, quæ multis doctis viris probatur: meo quidem judicio male, nam Latini reos in jus *rapi*, *trahi*, &, quod verbum frequentissimum erat, *duci* ajebant, non agi. V. Terent. *Eunuch. act. 4. sc. 6.*, Cic. *2. de Orat.*, Paul. *l. 2. in fin si ex nox. cau.*, & Ulp. *l. 3. de lib. exh.* Agimus asellum, aut equum, hoc est, eos præeuntes voce, aut virga urgemus: ducimus hominem, vel quem injecta manu trahimus, vel cui sic viam ostendimus, ut eum aut sectatorem habeamus, aut comitem. Præterea agendi verbum, ubi sermo de judiciis est, sic Latine efferri solet, ut aut agere nullo casu, aut *cum aliquo agere* dicamus: *reum agere* insolens verbum est, & Latinis auribus inauditum: quod fuse persequitur Donellus ad *pr. h. t.* Actio igitur est ab agendo, hoc est tractando: & quemadmodum *agere cum populo* veteribus Romanis erat cum populo tractare: ita cum reo agere, vel judicio agere est

de jure nostro apud judicem cum aliquo tractare, ut is aut reddat, aut det. Hinc actio desinitur Triboniano, *jus persequendi in judicio, quod sibi debetur*. Cujacius, Hotomanus, & alii nonnulli *jus* hoc loco interpretantur formulam; certæ enim ac solennes olim erant actionum formulæ, *l. 2. §. deinde ex legibus de O. J.*, unde formula pro actione in libris juris, ut in Epigraphe *l. 4. de pign. Cajus libro singulari de formula hypothecaria*, & in Epigraphe *l. 5. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*, & in *l. 42. de furt.*, *vulgaris formula in dominum danda est*. Verum quominus Cujacio adsentiar, tria potissimum vetant. Unum, quod complures erant actiones utiles tam civiles, quam Prætoriæ, in quibus *conceptio formularum non observabatur*, ut Paulus inquit *l. 47. §. 1. de neg. gest.*: erant & actiones præscriptis verbis, & in factum, *tit. ff. de præscr. verb.*, quæ certas & solennes formulas non habebant: ut vix sit verisimile, non fuisse tot actiones desinitione Celsi comprehensas. Alterum, quod in actionibus bonæ fidei pedaneus judex nullam sequebatur formulam, sed, ut bonum & æquum, judicabat; ut hinc intelligas, ne tunc quidem jus persequendi in judicio formulam recte dici, quum actionem accipis uti jam propositam apud judicem. Tertium, quod etsi sub Trajano & Hadriano, quæ Celsi ætas fuit, starent adhuc formulæ; fuerant tamen illæ per Constantinum sublatæ jam multo ante Tribonianum, qui actionis desinitionem ex Celso descripsit; ut nullo modo esse possit Cujaciana interpretatio Triboniani sententiæ accommodata. Igitur jus est hoc loco facultas, seu potestas jure data: quod est metonymice dictum: hoc sensu ususfructus, iter, aquæductus dicuntur *jura*, *l. 1. de usufr.*, *l. 1. de servit. rust.*, eodemque hoc sensu elegantissime Latinis dicitur *pro jure suo agere*, hoc est pro ea facultate, quam jus indulsit. Non igitur actio est ipsa persequutio, sed jus persequendi, ut bonorum possessio non ipsa patrimonii persequutio, sed jus est patrimonii persequendi, *l. 3. §. 2. de bon. poss.*, neque aliud est usitatissima illa Jurisconsultorum phrasis, *actionem competere*, quam *competere facultatem agendi*, ut loquitur Cajus *l. 1. de eo, quod cert. loc.* Persequi Latinis est eo usque sequi, donec, quod sequimur, adsequamur: hoc loco est aut rem nostram, quæ nobis abest, aut reum ipsum judicio sequi, ducta metaphora a feris fugientibus, ut bene ad *h. l.* Donellus: nam & res nostra, si reus reddere detrectet, & reus ipse, qui nobis est obligatus, si refractarius sit, quodammodo nos fugiunt: quo spectare videntur Græci, qui reum φεύγοντα appellant. Jam *persequi* latissime patet hoc loco, & ad omnes actiones extenditur: quum alias *persequutionis verbo extraordinariæ persequutiones continentur, ut puta fideicommissorum, & si quæ aliæ sunt, quæ non habent juris ordinarii exsequutionem*, inquit Ulpianus *l. 178. §. 2. de V. S.* Sed non omnis persequutio est actio, nisi legitimo judicio fiat: *Cæsar dixit*, eleganter Callistratus *l. 13. quod met. caus.*, *tu vim putas esse solum si homines vulnerentur? vis est & tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit*. Neque satis est, rem per judicem reposci, nisi judex sit *competens*, quem magis Latine *proprium* dixeris. Quoniam vero non pro eodem antiquitus erant, fieri aliquid *in judicio*, & fieri *in jure*, ut hæc facile perspiciantur, juvat rem omnem a principio repetere. Romæ olim antequam reus in judicium duceretur, ab actore monebatur per amicos, qui *domestici disceptatores* dicuntur Tullio Orat. *pro Quinct. c. 5. n. 11.*, quosque perperam nonnulli eosdem faciunt cum arbitris, *l. 14. §. 2. de recept. arbitr.* Si nihil proficeret amicorum opera, reum actor in jus vocabat. In

jus

jus autem vocatio, quæ *omnium actionum principium* est, §. 3. *infr. de pœn. tem. lit.*, hoc ritu expediebatur. Actor reum sibi obvium una ex his formulis monebat, IN JUS EAMUS, IN JUS VENI, SEQUERE AD TRIBUNAL, IN JUS AMBULA. Brisson. *lib.* 5. *de Form.* Si in jus vocatus sequi actorem nollet, actor iis, qui proxime adstabant, sic adclamabat, LICET ANTESTARI? idque *denunciare testimonium* veteribus dicebatur. Adstantes testimonium suscipientes auriculam actori memoriæ caussa tangendam opponebant; namque aurem memoriæ locum fecere veteres, teste Plinio 11. *Hist. Nat.* 41., unde Virgilius

- - - - - - - - *Cinthius aurem*

Vellit, hoc est, admonuit. Hujus rei vestigium extat luculentissimum apud Horat. 1. *serm.* 9.

Magna
Adclamat voce, & licet antestari? Ego vero
Oppono auriculam: rapit in jus.

Denunciato ad hunc modum testimonio poterat jure suo actor manus reo inferre, eumque obtorto collo rapere ad Prætorem: quandoque etiam id poterat actor sine antestatione, si forte reus esset improbus & intestabilis, cujusmodi erat olim fur, leno, raptor. Facit huc locus Plauti in *Pers. act.* 4. *sc.* 9. ubi Dordalo lenoni interroganti, *Nonne antestaris?* respondet actor, *Tuan' ego caussa, carnifex, cuiquam mortali libero aures atteram?* Hæc legibus Decemviralibus cauta sunt iis verbis, IN JUS VOCATUS NI EAT, IM CAPITO. SI CALVITUR, PEDEMVE STRUIT, MANUM ENDO JACITO. Præterea eædem leges jumentum dari jubebant ægro, aut seni in jus vocato: quo nomine Phavorinus apud Gellium *lib.* 20. *c.* 1. Decemviros nimiæ adsperitatis notavit: sed hæc reposuit Cæcilius, *Verba sunt hæc de lege*. SI IN JUS VOCAT, SI MORBUS, ÆVITASVE VITIUM ESSET: QUI IN JUS VOCABIT, JUMENTUM DATO: SI NOLET, ARCERAM NE STERNITO. *An tu forte morbum appellari hic putas, ægrotationem gravem cum febri rapida, & quercera? Jumentumque dici pecus aliquod unicum tergo vehens? Ac propterea minus fuisse humanum existimas ægrotum domi suæ cubantem, jumento impositum in jus rapi? Hoc mi Phavorine nequaquam ita est. Nam morbus in lege ista non febriculosus, neque nimium gravis, sed vitium aliquod imbecillitatis, atque invalentiæ demonstratur: non periculum vitæ ostenditur. Cæteroqui morbum vehementiorem vim graviter nocendi habentem, legum istarum scriptores alio in loco non per se morbum, sed morbum sonticum appellant. Jumentum quoque non id solum significat, quod nunc dicitur: sed vectabulum etiam, quod adjunctis pecoribus trahebatur. Veteres enim nostri jumentum a jungendo dixerunt. Arcera autem vocabatur plostrum tectum undique, & munitum, quasi arca quadam magna vestimentis instrata, qua nimis ægri, aut senes portari cubantes solebant. Quænam ibi igitur acerbitas esse visa est: quod in jus vocato pauperrimo homini, vel inopi, qui aut pedibus forte ægris esset: aut quo alio casu ingredi non quiret: plostrum esse dandum censuerunt: neque insterni tamen delicate arceram jusserunt: quoniam satis esset invalido cujusmodi vehiculum. Atque id fecerunt ne causatio ista ægri corporis perpetuam vacationem daret fidem detrectantibus, jurisque actiones declinantibus.* Hoc facto veniendum erat *ad Prætorem*, seu *in jus*, nam duo hæc idem sonant, unde Plautus in *Pers. act.* 4. *sc.* 9. *v.* 8. *Quid me*, inquit, *in jus vocas?* SA. *Illic apud Prætorem dicam*. Jus erat locus, ubi jus dicebatur, *l.* 1. *de just.*, *& jur.*,

& jur., eratque olim is locus in Comitio. Plaut. in *Pœn. act. 3. sc. 6. v. 12.* *Cras mane quaeso in Comitio estote obviam*. Erat vel *superior*, vel *planus*, seu *aequus*, ut loquitur Cic. 3. *Ep. fam.* 8., unde formulæ illæ è superiore loco jus dicere, & de plano cognoscere. E superiore loco jus dicebat Prætor, quum pro Tribunali sedes curuli sella: de plano cognoscebat, quum de tribunali descendes, & in plano consisteus, incedensve caussas audiebat. Hinc *planaria interpellatio* apud Coustantinum *l. 4. C. de dilat.*, sic enim legendum ex Editione Haloandrina, non ut vulgo *plenaria*: quod patet ex ipso contextu, *& cognitio non interpellatione PLANARIA, sed CONSIDENTE magis judice legitime colligatur*. Sed certi olim erant dies, quibus venire in jus licebat, eosque Latini *fastos*, Ulpianus *dies sessionum* appellavit, *l. 5. §. 19. ff. ut in poss. legat.*, ubi vulgo corrupte legitur, *possessionum*, Ræward. Protribun. 1. Fasti dies a *fando*, quia per eos dies Prætoribus sine piaculo fari licebat tria illa verba solennia, DO. DICO. ADDICO. Per quos autem dies tria illa verba silebantur, ut Ovidius ait 1. *Fast. v. 47.*, ii erant *nefasti*. V. Var. 5. *de L. L.*, & Macrob. 1. *Sat. 16.* Tales fuere Romanorum *feriæ*, sive *statæ* & *solennes*, sive *repentinæ*, quibus *res prolatæ* dicebantur. Plaut. *Capt. act. 1. sc. 1. v. 17.* Tacit. 2. *Annal.* 35. De iis Var. 5. *de L. L.*, & Bynkers. 2. *Obs.* 6., licet non omnes nefasti dies essent feriæ, quales dies *ominosi*, *religiosi*, *atri*, *mæsti*, *lugubres* dicti. Gell. 5. *Noct.* 17. Erant & dies *intercisi*, per quos mane & vesperi nefas erat lege agi, medio tempore inter hostiam cæsam & exta porrecta fas. Var. 5. *de L. L.* 4. Non aliis igitur, quam fastis, intercisisque diebus copia erat Prætoris, apud quem impetrata loquendi potestate *edebatur* actio, unde Saturio apud Plautum *in Pers. loc. cit. apud Prætorem* se dicturum respondit, cur Lenonem raperet in jus. Edere actionem esse inquit Ulpianus *l. 1. §. 1. de eden.* vel id dicere, quo quis uti velit, vel copiam describendi facere, vel in libello complecti & dare, vel dictare, vel demum ex sententia Labeonis producere adversarium suum ad album, & demonstrare quod dictaturus est: quod de formularum, non de edictorum albo intelligendum est. Quod si actor in recitanda formula verbo uno erraret, is tota caussa cecidisse videbatur, teste quumprimis Quintiliano 3. *Inst. orat.* 8., & 7. *Inst.* 3., sed & Prætorem consuevisse actorem in integrum restituere, scribit Seneca *ep.* 48., & Tribonianus §. 33. *h. t.* Nec solum actiones, sed & judices Prætor dabat: quod solenne illud verbum DO comprehendebat. Cic. 2. *in Ver.* 12. *Prætor improbus, cui nemo intercedere potest, judicem det, quem velit*: quo spectat Prætorium illud verbum in Edictis, JUDICIUM DABO. Et quemadmodum actiones, ita & judices certa formula postulabantur per has notas expressa P. J. A. V. P. V. D., hoc est, *Prætor judicem arbitrumve postulo ut des*. Brisson. 5. *de Form.* Hinc aliud Judices, aliud Magistratus, *l. 2. de div. reg.* Judices proprie sunt, quos judices *datos*, *speciales*, *pedaneos*, & *delegatos* dicunt Jurisconsulti, *l. 46. de judic.*, *l. pen. ff. jud. solv.*, *l. ult. de off. Præt.*, *l. 4. de tut. dat.*, *l. 3. ne quis eum, qui in jus voc.*, *l. 5. de offic. Præsid.* Hinc aliud *judicare*, aliud *jus dicere*: qua de re inferius, & aliud *jus*, aliud *judicium*. In jure, hoc est apud Prætorem postulabatur, & edebatur: apud judicem in judicio exercebatur actio, etsi, ubi vetus judiciorum ritus oblanguit, vix ullum ea differentia usum habuerit, *l. 2. C. de pedan. judic.* Sed rem hanc infra uberius persequemur. Satis tamen liquet ex dictis, quid sit in definitione actionis *in judicio persequi*. Reliqua sunt nunc postrema ea verba, *quod*

quod sibi debetur, quibus addidit Hotomannus vix dum adolescens in *Inst.*, & jam senex 3. *obs.* 17. hæc alia, *vel quod suum est*, quum enim ea proprie dicantur deberi, quæ adhuc nostra non sunt, *l.* 27. §. 2., & *l.* 34. *pr. de aur. arg. leg.*, *l.* 11. & 14. *de except. rei judic.*, Celsi definitio vindicationes, quibus nostra petimus, vix comprehenderet. Sed fuse Celsum ab Hotomani nota vindicavit Christophorus Riccius *vindic. jur.* 12. Nunc illud satis pro Celso dictum videtur, *debere* non improprie esse ad aliquid præstandum jure teneri, eoque modo debere illum dici, qui rem nostram possidet, nam etsi rem non debeat eo sensu, quo Romani Jurisconsulti debere aliquem proprie dixerunt, debet tamen hoc sensu, quod rem nostram præstare jure teneatur. Facit & illud Ulpiani *l.* 178. §. *ult. de V. S.*, *Hoc verbum DEBUIT omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persequutio.* Nec facile poterit quisquam id referre ad solas civiles & Prætorias actiones in personam. V. Donel., & Nicolaum Cisnerum *Comm. ad h. t.*

§. I. Summa, seu præcipua Actionum divisio hæc est, ut vel sint in rem, vel in personam conceptæ. Illarum caussa sunt jura in re, de quibus Huber ad *h. l.*, & *lib.* 14. *Digr. cap.* 9., & in Animadv. *c.* 17.; harum caussa sunt jura *ad rem*, hoc est obligationes. Unde Tribonianus hic ait, quum quis in eum agit, *qui ei obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio*, (subaudi quasi contractum, & quasi maleficium) eo casu proditas esse actiones in personam, *per quas intendit, adversarium ei dare, aut facere oportere, & aliis quibusdam modis*. Dictæ actiones in personam, quia in eamdem personam dantur, *l. actionum*, §. *in personam*, *de O.*, & *A.*, & *l.* 1. §. *heres*, *ad Trebell.* Neque obstat, quod nonnunquam in heredem dentur. Nam heres defunctum refert, adeoque eadem est fictione juris cum defuncto persona. Quinimo tunc demum contra heredem dantur, quum rei persequutionem continent, non pœnæ; non enim transeunt actiones pœnales in heredem, nisi aut lis cum defuncto fuerit contestata, aut heres locupletior ex delicto sit factus, ut & alibi dictum est. Sed hæc perpetua non sunt, non enim semper actio in personam est ex contractu & maleficio, vel quasi, nec semper in eundem datur, ut detur aliquid, aut fiat. Exemplo sit actio, *quod metus caussa*, per quam petimus, ut quod vi metusve caussa gestum est, rescindatur, & pecunia, quam tradidimus, utpote metu tradita reddatur, *l. item si cum exceptione*, §. *in hac actione*, *D. quod metus cau.* Hæc actio est quidem in personam, §. *præterea*, *h. t.*, tamen neque ex contractu, neque ex maleficio est; quia in eum datur, quicum nunquam contraximus, quique delictum non fecit, lucrum vero sensit ex eo, quod metus agenti factus est, *d. l. item si cum exceptione*, *eod.* Neque est ex quasi contractu vel maleficio; non enim id intendimus hac actione, adversarium nostrum nobis dare oportere aut facere. Denique non semper in eundem datur, sed in omnes, qui rem vi aut metu ablatam possident, etiamsi bona fide possideant, *l. metum autem præsentem*, §. *fin. quod metus caussa*. Sic actio ad exhibendum in personam est, *l.* 3. §. *est autem*, *ad exhib.*, & tamen neque ex contractu est, neque ex maleficio, neque ex quasi delicto, neque ex quasi contractu. Non enim hac actione id intendimus, ut adversarius aliquid det, aut faciat; sed ut tantum exhibeat, *tot. tit. ad exhib.*; neque adversus eundem locum habet, sed adversus possessorem, *dict. l.* 3. §. *fin. eod.* Ita Borcholten ad *h.* §., ubi exemplo actionis quod metus caussa, & actionis ad exhibendum explicat

ea

ea Triboniani verba, *& aliis quibusdam modis*, quasi dixerit Tribonianus non semper actionem in personam esse ex vero, aut quasi contractu, vel maleficio, nec semper adversus eundem dari, ut aliquid det, vel faciat. Verum, quod facit ad actionem ad exhibendum, contendit Donellus ad *h. l.*, eam in rem esse, nam & rem sequitur, & propter rem ejus rei possessorem: quæ propria est eaque perpetua vindicationis nota, *l. 3. & 5. §. idem Julianus*, *l. thesaurus*, *pr. ad exhib.*, *d. l. actionum*, *de O. & A.*, *l. ult. C. si unus ex plu. serv. cred.*, *l. un. C. de al. jud. mut. caus. fac.* Quod vero Ulpianus inquit *d. l. 3. §. est autem*, *ff. ad exhib.*, eam actionem esse personalem, id non obstare ait Donellus, etsi enim actiones in personam quandoque *personales* dicantur, *l. quamvis 8. §. distractis*, *C. de pign.*, *& l. ult. C. de O.*, *& A.*, id tamen & rarum est, & minus proprie dictum. Proprie veteres Jurisconsulti actiones in *personam* dixere, quæ adversus personam sunt: *personale* vero, quod personæ cohæret, unde constitutiones *personales*, beneficium *personale*, servitus *personalis*, *l. 1. de const. Princ.*, *l. quia*, *ff. solut. matr.*, *l. non solum*, *§. tale*, *ff. de lib. leg.* Hoc sensu inquit Donellus, actionem ad exhibendum dici *personalem*, quia & personæ ejus, qui agit, & personæ ejus, qui possidet, ita cohæret, ut neque ad heredes transeat, neque in heredes jure heredum, heres enim actoris ea actione agit suo nomine, si quid intersit sua; eaque etiam suo nomine tenetur heres possessoris, si vel possideat, vel dolo desierit possidere, *l. de eo*, *§. ult. ff. ad exhib.* Neque id novum in jure, nam eo ipso sensu actio, quæ matri competit adversus ingratos liberos ad revocandam donationem, *personalis* dicitur in *l. his solis*, *C. de rev. don.* Sed nunc de actione ad exhibendum non disputo. Illud addo, ea Triboniani verba, *& aliis quibusdam modis*, non eodem sensu accipi ab interpretibus, qua de re fuse Janus a Costa ad *h. §.*, quem vide. Hugo Donellus ad *h. l.* ea refert ad quasi contractus, & quasi maleficia, laudatque in eam sententiam locum Caji plane similem in *l. 1. pr. de O. & A.*, ubi ait, *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis caussarum figuris*: quæ postrema verba de quasi contractu, & quasi maleficio intelligenda sunt. Vultejus *Discept. Scholast.* 4. ea refert ad actiones præjudiciales. Hotomanus ad diversam agendi formulam: plerumque enim actiones in personam ad id comparatæ sunt, ut adversarius det aliquid, aut faciat: at nonnullæ sunt in personam actiones, quæ non id spectant, ut detur, hoc est dominium transferatur, quæ propria est ejus verbi significatio, vel ut fiat, sed ut aliquid præstetur, ac restituatur, cujusmodi sunt actiones commodati, depositi, pignoratitia, emti, conducti. Actio in rem est, per quam *rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, & semper adversus eum est, qui rem possidet*, ut definit Ulpianus *d. l. actionum pr.* Res nostra est, cujus proprietatem, seu dominium habemus, unde eleganter Paulus actionem in rem *dominii litem* appellat, *l. evictis*, *ff. de usur.* Competit igitur in rem actio ei, qui, aut juregentium, aut jure civili dominium adquisivit, ut Paulus loquitur *l. 23. pr. de R. V.*; neque refert, num quis plenam habeat, an nudam rei proprietatem, nam *ususfructus non dominii pars est, sed servitus*, ut recte legit Haloander in *l. 25. de V. S.*; absurda est enim vulgaris ea lectio, *sed servitutis fit*. Est autem hæc actio adversus eum, qui possidet, *d. l. actionum*, *l. 1. pr. Cod. ubi in rem action.*, *& l. unic. C. de alienat. jud. mut. caus. fact.* Sed est opus, ut is actu possideat, vel dolo desierit possidere, quia pro possessione dolus est, ut Paulus inquit *l. 131. de R. J.* Hinc intel-

intellige illud Pauli de in rem actione, *l. 24. §. 2. de judic.*, *ex præsenti possessione hæc actio est*. Est tamen excipienda species, quam Ulpianus & Paulus pertractant *l. 25. & 27. de R. V.*, *Si eum a Titio petere vellem, aliquis dixerit se possidere, & ideo liti se obtulit, & hoc ipsum in re agenda testatione probavero, omnimodo condemnandus est*, forsan quia actorem decepit. Actionis in rem proprium est verbum *petere*, & *vindicare*, unde actiones ipsæ in rem Jurisconsultis dictæ petitiones, & vindicationes, *tot. tit. de petit. hered.*, *tit. si pars hered. petat.*, *tit. si ususfructus pet.*, *tit. de R. V.*, *& tit. si servit. vindic.* Sed vindicationis origo altius repetenda. Vindicationis nomen a vindiciis factum, de quibus sic Asconius Pœdianus in 3. *Ver.*, *Lis vindiciarum est, quum litigatur de ea re apud Prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor, & ideo, qui eum tenet, satisdat pro præde litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium esset. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ, aut æstimationis, quam amittat, ni transit hereditas, (a) de qua contendit. Prædes ergo dicuntur satisdatores decupletes pro re, de qua apud judicem lis est, ne interea, qui tenet, diffidens caussæ, possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores, & culta deserat*. Lis igitur vindiciarum, quantum licet ex Asconio colligere, lis est possessionis: quod & confirmat Cujacius *Parat. C. de R. V.* auctoritate Livii, qui modo vindicias dicit, modo possessionem: hinc vindicias ab aliquo abdicere, & secundum alium dicere Latinis est possessionem dicere & abdicere. Sic Pomponius *l. 2. §. 24. de O. J.* scribit Verginium animadvertisse, *Appium Claudium vindicias filiæ suæ a se abdixisse, & secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse*, hoc est Appium Claudium pronunciasse, Verginiam Verginii filiam non a patre suo, sed ab eo, quem Claudius ipse supposuerat, ut in servitutem peteret, possideri debere. Ideo autem actiones in rem dicuntur vindicationes, quia sic erat olim Romæ in more positum, ut priusquam de proprietate decerneretur, Judex aut secundum possessorem, aut secundum petitorem vindicias diceret, hoc est, pronuntiaret, rem controversam a suo possessore interim possideri debere, si eam se lite pendente servaturum, ac dicta tandem secundum petitorem sententia eam restiturum satisdaret: vel non præstita a possessore satisdatione, debere possessionem in petitorem transferri, vel demum neutro satisdante debere possessionem penes possessorem remanere, in pari enim caussa potior est possessor, ut Paulus inquit *1. Sent. 11.* Jam Vindiciæ erant a vi simulata, quam alter alteri faciebat in jure, sive res mobilis, sive fundus peterentur. In vindicando servo constat, actorem manu injecta solennia hæc verba pronuntiasse, HUNC HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO, EJUSQUE VINDICIAS MIHI DARI POSTULO. Quod si reus aut cederet, aut taceret, Prætor servi vindicias secundum petitorem dicebat. Plerumque tamen reus servo correpto contra vindicabat ea formula, ET EGO HUNC HOMINEM MEUM ESSE AJO, EJUSQUE VINDICIAS MIHI CONSERVARI POSTULO. Eas formulas excipiebat Prætoris interdictum, QUI NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO POS-

(a) *Alibi est*, *res*.

POSSIDET, EI VINDICIAS DABO. Sigon. 2. *de Judic.* 21. Huc spectat illud Ovidii 1. *Amor.* 4.

Et dicam, MEA SUNT, injiciamque MANUM.

Quod si vero fundus, domus, aut aliud simile vindicaretur, petitor eum, *unde petebatur*, (*b*) ex jure manum (*c*) consertum vocabat: quod quid sit, paucis dabo ex Gellio *lib.* 20. *c.* 9. *EX JURE MANUM CONSERTUM verba sunt ex antiquis actionibus, quæ, quum lege agitur, & vindiciæ contenduntur, dici nunc quoque apud Prætorem solent . . . . . Manum conserere est, de qua re disceptatur, in re præsenti, sive ager, sive quid aliud est, cum adversario simul manu prehendere, & in ea re solennibus verbis vindicare. Vindicia id est, correptio manus in re, atque in loco præsenti. Id apud Prætorem ex duodecim Tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est*, SI QUI IN JURE MANUM CONSERUNT. Olim igitur in lite vindiciarum in rem præsentem veniebant Actor, Reus, ac Prætor, qui manu ab actore ac reo conserta secundum alterum vindicias dicebat: idque ex jure 12. Tabularum, ut mox Gellius, quo tempore quum multo angustiores essent Romani Imperii fines, nec qui jurisdictioni præerant tot distinerentur negociis, facile iis erat in fundum controversum concedere. *Sed postquam Prætores*, pergit Gellius, *propagatis Italiæ finibus, datis jurisdictionibus, negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum caussa in longinquas res gravabantur, institutum est contra 12. Tabulas tacito consensu, ut litigantes non in jure apud Prætorem manum consererent, sed ex jure manum consertum vocarent, id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret. Atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, uti unam glebam in jus in urbem ad Prætorem deferrent, & in ea gleba, tanquam in toto agro vindicarent.* Eam glebam veteres dicebant *vindicias*. Festus v. *vindiciæ*, *De quo*, inquit, *verbo Cincius sic ait: Vindiciæ olim dicebantur illæ, quæ ex fundo sumtæ in jus adlatæ erant*. Heineccii suspicio est, Romanos uti agrum gleba, sic domum festuca repræsentasse, Gellius enim *loc. cit.* *vim festucariam* meminit: eamque suspicionem in *Antiqu. ad hunc locum secund. edit.* uberius confirmat. Tandem & ipsi litigantes proficisci in agros desierunt, & nova conserendæ manus ratio instituta, quæ certis formulis constabat. Petitoris formulam dat nobis Tullius *pro Murena* 12. FUNDUS, QUI EST IN AGRO, QUI SABINUS VOCATUR,

---

(*b*) *Sic veteres elegantissime* debitorem *designabant*. *Cic. Ep.* . . . . Ego omnibus, unde petitur, hoc consilii dederim, ut a singulis interregibus binas advocationes postulent. *Et lib.* 1. *de Orat.* Homo ex disertorum numero postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur.

(*c*) *Inter Notas juris occurrunt hæ apud Valerium Probum*, E. I. M. C. V., *hoc est*, ex jure manum consertum vocavit. *Bene autem monet Brissonius de V. S.*, *non* manu, *quemadmodum in nonnullis veterum locis librarii vitio legitur, sed* manum consertum *legi debere, sicut recta Grammaticæ ratio postulat, veteres enim uti cum hoste in prælio, ita cum adversario in jure* manum conserere *dicebant*; *unde* conserta manus *apud S. Hieronymum Præfat. Comment. Epist. ad Ephes.*

TUR, EUM EGO EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO: INDE EGO TE EX JURE MANUM CONSERTUM VOCO. Dat quoque formulam ejus, unde petebatur; si contra vindicare mallet, quam cedere, UNDE TU ME EX JURE MANUM CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO. Prætori quoque carmen compositum, UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRÆSENTIBUS ISTAM VIAM DICO: INITE VIAM. (Superstites veteribus erant testes præsentes, uti hanc formulam explicat Festus *v. superstites*) Recitata a Prætore formula præsto aderat sapiens, qui inire viam doceret: sed continuo Prætor, REDITE VIAM, ajebat, ac sapiente duce redibant viam. Cic. *ibid.* Imaginaria autem erat ea profectio in locum antiquæ profectionis substituta. V. Ræuard. *ad LL. 12. Tab. c. 6.* V. etiam de hoc ritu Averan. *Interpret. jur. lib. 1. c. 15.* Similem prope ritum apud Germanos obtinere probat Hoffmannus *ad LL. 12. Tab.* Dictis ad hunc modum secundum alterutrum a Prætore vindiciis dominii litem possessori intendebat is, qui in judicio possessionis cesserat. Primus actor formulam pronunciabat apud Valerium Probum his notis expressam Q. T. I. I. C. P. A. F. A., hoc est, QUANDO TE IN JURE CONSPICIO, POSTULO ANNE FIAS AUCTOR? Cic. *pro Cæcin. cap. 19.* Et quamquam Cl. B. Branchu. *in Observ. dec. 2. cap. 15.* eam formulam ad actiones in personam detorqueat, tamen eum in ea re falsum esse, demonstrat Heineccius *in Antiqu. ad h. t.* Fieri auctorem erat eum se præstare, a quo jus suum persequi actor tuto posset. In hanc sententiam loquutus videtur Tertullianus *lib. de Præscript. adv. haret. Mea est possessio, olim possideo, prior possideo, habeo origines firmas ab ipsis auctoribus, quorum fuit res.* V. Ræuard. *Protrib. 5.*, & Brisson. *de V. S.* Eoque spectabat formula, ut ne possessor litigiosam rem alienaret, potentioremque adversarium opponeret. V. *l. 36. pr. de R. V.* Reo se auctorem adfirmante vindicationis formulam pronunciabat actor, QUANDO AIS, NEQUE NEGAS, TE AUCTOREM ESSE, HUNC HOMINEM, aut FUNDUM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO. Tum Prætor reum, an contra vindicaret, interrogabat, eoque negante rem petitori addicebat: quod vetus jus est, a quo postea discessum, novoq; jure cautum, actore non probante absolvi reum debere, *l. 4. C. de edend., l. ult. C. de R. V.*, §. 4. *infr. de interd.* Ut mirum videri debeat, quod Tribonianus *h.* §. rei contra vindicantis meminerit ibi, *possessor autem dominum ejus se esse dicat.* Etsi id tanquam per accessionem dictum nihil est cur tantopere moremur. Quod si vellet reus contra vindicare, hanc formulam recitabat, ET EGO EUNDEM HOMINEM, aut FUNDUM MEUM ESSE AJO EX JURE QUIRITIUM. SED NONNE TU DICIS, QUA CAUSSA VINDICAVERIS? Et continuo actor dominii caussam exponebat. V. Ræuard. *ibid.* Sigon. *de Judic. l. 21.*, & Brisson. *de Form. 13.* Huc pertinet formula illa apud Tull. *pro Muræn.* FUNDUS SABINUS MEUS EST. IMO MEUS, & illa apud Plaut. in *Rudent.* HUNC MEUM ESSE DICO. ET EGO ITEM AJO ESSE MEUM.

§. II. Et quoniam res etiam incorporales nostræ sunt, hæ quoque actione in rem vindicantur: eaque actio aut *confessoria* est, aut *negatoria*, quæ & *contraria* appellatur, *l. sicuti 8. ff. si serv. vind.* Confessoriæ formulas ita conceptas exhibet Brissonius *de Form. 5.* AJO USUMFRUCTUM FUNDI TUI, QUI EST IN AGRO SABINO, ESSE MEUM. AJO

JUS EX FUNDO TUO AQUAM DUCENDI ESSE MEUM. AJO JUS MIHI ESSE IRE AGERE IN FUNDO TUO. Negatoriæ formulas dat idem Brissonius *ibidem*, AJO TIBI JUS NON ESSE PARIETEM ITA PROJECTUM IN MEUM ME INVITO HABERE. AJO, TIBI JUS NON ESSE ALTIUS TOLLERE. Confessoriam vero, & Negatoriam non ajentia & negantia verba distinguunt, quod visum nonnullis post Accursium *ad h.* §., sed mens ipsa actoris, qui si non esse tibi jus altius tollendi affirmet, ideo quia deberi sibi servitutem intendit, confessoria experitur, etiamsi neget in formula: quod si tamen ita agat, quia prædium suum non servire intendit, quæ est Neratii species in *l.* 2. *de serv. rust. præd.*, certe negatoria experitur, *l.* 2., *l.* 17. §. 1. *si serv. vindic.*, ut bene monet Ludovicus Vitalis *lib.* 2. *Lect. c.* 12. Nunc præstat Triboniani verba *h.* §. diligentius persequi, *Æque si agat quis, jus sibi esse fundo forte, vel ædibus utendi, fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi: in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum, veluti si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque prodita sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi: item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive, istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ.* Ait, *æque si agat*, ut perspicuum hinc fiat, non minus pro rebus corporalibus, de quibus dictum §. 1., quam pro servitutibus agi in rem posse: quod tamen secus videri potuisset, nam servitutes quum corporales non sint, proprie non possidentur: vindicatio autem *ex præsenti possessione est*, *l.* 24. §. *ult. ff. de jud.* Sed primum in usufructu, qui *in multis casibus pars dominii est*, *l.* 4. *de usufr.*, unde Julianus & possessionem, & dominium ususfructus memorat, *l.* 3. *si usufr. pet.*, eam actionem Prudentum interpretatio recepit: tum ad exemplum ejus, quæ ad usumfructum pertinet, in ceteris servitutibus in rem actio recepta est, quod colligere licet ex Ulpiano *l.* 2. *ff. si servit. vind.* Jam nulla est servitus sive personæ, sive rei, sive urbana, sive rustica, quæ vindicari non possit: quam ob rem Tribonianus singulorum generum exempla congessit: & quoniam is hoc loco, ubi in confessoria, & negatoria actione enarranda tam multus est, servitutes meminit, præterea nihil, consectaneum est, nulla alia esse præter servitutes jura, pro quibus ea actio sit prodita: qua de re v. Vin. Ait, *veluti, si quis agat jus sibi esse altius tollendi*: quam actionis formulam quum inter confessoriarum actionum formulas recenseat, non est ambigendum, eam fuisse pro confessoria habitam: neque dubium est, quin Tribonianus negatoriam existimaverit hanc formulam, inter negatorias mox descriptam, *jus non esse adversario altius tollendi*. At si verum est, quod verissimum reputo, actiones non ex affirmante, aut negante oratione, sed ex mente actoris æstimari, quis non videt, hanc certe confessoriam, illam esse negatoriam? Sane qui ait, *jus sibi esse altius tollendi*, nullam sibi servitutem asserit: negat tantum, ullam vicino a se deberi altius non tollendi servitutem: contra, qui ait, *jus non esse adversario altius tollendi*, id ait, eam servitutem sibi a vicino deberi. Est & illud hoc loco intellectu difficillimum, quod Tribonianus inquit, proditam esse actionem in rem pro servitute altius tollendi; qui enim fieri

potest,

potest; ut jure servitutis detur mihi, quod jure naturalis libertatis omnibus patet? *l. cujus* 24. *de serv. urb. præd.*, *l. altius*, *C. de servit. & aqu.* Tribonianum accusant nonnulli: excusant alii, & vero etiam tuentur. Longum est interpretationes singulas persequi: nonnullas afferam, quæ vulgo magis probantur. Johannes Faber scribit, in ea tantum specie recte agi confessoria altius tollendi, quum vicinus altius tollere vicino permiserit, si tamen ea lex apud cives obtineat, ne quis possit ultra certum modum ædes tollere vicino invito: laudatq; Faber in eam rem tria juris loca, unum in *l.11.de serv.urb.præd.*, alterum in *l.1.C.de serv.& aq.*, tertium in *l.1.C.de ædif.priv.* Hanc interpretationem sequuntur Vinnius, & Everardus Otto hic; additque illud Vinnius, fuisse olim Romæ & Constantinopoli ædificiorum altitudinem intra certum modum cohibitam in gratiam vicinorum, ne possent sibi ex altissimarum ædium ruinis damnum metuere: quo factum, ut jus altius tollendi, quod naturalis libertatis erat, impositæ a vicino servitutis jus esse cœperit. Sed res hæc, ad utramque enim hanc servitutem, actionemque illustrandam pertinet, uberius est enarranda. Romæ olim in magna habitantium frequentia altissima fuere ædificia., quum enim *recipere non posset area plana tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis ædificiorum res ipsa coegit devenire*; inquit Vitruvius *II. 9.* Per id tempus, quo cuique liberum erat ædes suas ad quamcumque altitudinem tollere, etiamsi prospectui ac luminibus vicini obesset, cavebant sibi Romani stipulatione de altius non tollendo, atque hinc enata servitus *altius non tollendi*, pro eaque data actio. Sed primum Rutilius quidam Romanus homo stante adhuc Rep. *de modo ædificiorum* orationem dixit; cujus facta per Augustum in Senatu mentio: Suet. *Aug.* 89. At non ante Augustum altitudini ædificiorum positus lege videtur modus; is enim *ruinis subventurus* (verba sunt Strabonis *Geogr.* 5.) *nimiam ædificiorum altitudinem sustulit; vetuitque ad vicos publicos altius septuaginta pedibus tollere*. Nero etiam, ubi Roma conflagraverat, *ædificiorum altitudinem cohibuisse* dicitur Tacito 15. *Annal.* 43. Et quamquam de modo Neroniano nihil certi constet; tamen aut idem fuit, quem Augustus constituit, aut, quod suspicatur Lipsius *ad Tacit. cit. loc.*, fuit, qui, Aurelio Victore teste *Epit. vit. Trajani* 13., postea placuit Trajano, nempe pedum sexaginta: quæ summa tunc fuit Romæ tectorum altitudo, eamque posteriora tempora retinuerunt. Vide Constitutionem Severi & Antonini in *l. 1. Cod. de ædif. priv.* Constantinopoli etiam post quatriduanum urbis sub Leone Magno incendium, de quo Marcell. *in Chronicis*, multa Leo de ædificiis lege cavit, quæ lex intercidit. Vetuit & Leo, ne quis veterem ædificiorum formam excederet, *l. ex quo*, *C. de ædif. priv.* (d) De Romanorum ædificiorum altitudine v. Bulenger. *de Imp. Rom. lib.* 2. *c.* 7., & Christophor. Ricci. *Vindic. jur. c.* 14. Nunc finge, sie lege municipali cautum, ne cui liceat vicino

(d) *Non in Urbe tantum, sed etiam in agro non licuisse nisi ad certum modum ædificium attollere, satis probat locus Valerii Maximi lib.* 8. *c.* 1., *ubi scribit*, Marcum Æmilium Porcinam a L. Cassio accusatum crimine nimis sublime extructæ villæ in Alliensi agro gravi mulcta populi judicio affectum fuisse.

cino invito ultra modum ædificare : finge etiam, me id tibi dedisse, ut certam formam valeas excedere. In hac saue specie si ego te altius tollentem prohibeam, recte ages, jus tibi esse altius tollendi, nec jure libertatis ages, sed servitutis, nec negatoria, sed confessoria actione, est enim idem dicere, esse tibi jus altius tollendi, ac judicio affirmare, debere me tibi hanc servitutem, ut te altius ædificantem pati debeam : quæ certe servitus est, *l.* 15. §. 1. *de serv.* Finge ex adverso, te contra legis municipalis vetitum tollere, absque eo quod tibi jus meum remiserim : in hac specie negatoria agam, tibique jus esse negabo altius tollendi. Hæc de ea municipali lege intelliguntur, quæ non ad commune civitatis commodum, aut ad publicam ædificiorum elegantiam, sed ad peculiarem scripta est vicinorum utilitatem, cui vicinus libere potest abrenunciare: ceterum juri publico privatorum pacta non derogant, *l.* 38. *de pact.* Ita constare putant nonnulli Triboniani sententiam. Verum eam ad municipale jus referre, quod facit Faber, perinde esse, ac violare & misere constringere legislatorum verba, quos de statutis particularibus locorum cogitasse, verisimile non est, inquit Corasius *lib.* 3. *Miscell. cap.* 24., & Waltherus *lib.* 1. *Miscell. c.* 4., maxime quum id fuerit Justiniano propositum his libris generalia juris principia adolescentibus tradere : tantum abest, ut ad aliquam municipalis juris hypothesin respexisse videatur. Et quamquam Romæ ædificiorum altitudinem Imperatoriæ leges definierint, non fuere tamen eæ leges in gratiam viciuorum conscriptæ. Scio, apud Lenonem *l.* 12. §. 1. *C. de ædif. priv.* de eo agi, qui veterem formam ædificiorum excessit ob vim pacti cum viciuis iuiti, ac secundum eum jus dici : verum jam ante Leonem servitutis altius tollendi mentio in jure est, *l.* 2. *de serv. urb.*, nec tamen ante ejus Constitutionem in *d. l.* 12. vim tantam privatorum pactis civili jure delatam comperio. Pagenstecherus Sicilim. *Manip.* 3. hunc Triboniani locum ad eam speciem refert, quum pati vicinus debet, ut alter ὑπερῷον, vel cœnaculum ædibus ejus imponat. At si cœnaculum ejus est, qui imposuit, jam altius tollendi servitus a servitute oneris ferendi nihil distaret ; eas autem non uno loco jus Romanum secernit. Johannes Corasius 3. *Miscell.* 24. ait, naturalem ædificandi libertatem quatuor casibus per leges coerceri. Primus est, quum aliquis ædificium ita juxta vicini aream extollit, ut ventus excludatur, & paleæ secerni a frugibus non possint, *l.* 14. §. *ult. C. de serv. & aqu.* Secundus est, quum aliquis altius tollendo vicinæ domus lumina obscurat, non ut domum suam faciat meliorem, sed ut incommodet alienæ, arg. *l.* 1. §. *denique*, *ff. de aq. pluv. arc.* Tertius est, quum heres altius tollendo ita legatas ædes obscurat, *ut penitus lumen recludatur*, *l. Gaurus* 10. *ff. de serv. urb.* Quartus, isque potissimus est, quum aliquis ultra altitudinis modum excedit, *l.* 1. *ff. eod.*, & *l.* 1. *C. de ædif. priv.* In his certe casibus si det mihi vicinus, ut tollam altius, non jure meo, hoc est, ex naturali libertate, sed jure imposititio & servitutis tollam. Etsi autem quartus casus idem videatur cum eo, quem Faber effinxit, quemque rejecit Corasius, tamen eo distat a Corasio Faber, quod hic Triboniani locum ad aliquam municipalis juris hypothesin referat, ille Tribonianum interpretetur ex regula juris communis in *l.* 24. *de serv. urb.*, ubi Paulus licere unicuique ait in infinitum supra suum ædificium imponere, *dum inferiora ædificia non graviore servitute oneret, quam pati debent*, nec enim (ita Paulum exponit Corasius) pati coguntur, ultra veterem modum

dum

dum tolli a vicinis ædificia, quodque sæpissime in libris juris occurrit, liberum cuique esse usque ad Cælum in solo suo ædificare, sic accipi ex sententia Romani juris debere addit, si vicino non noceat supra modum ædificando. Idemque confirmat Ulpianus *l. 11. ff. eod.*, *Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet, se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere*. Hinc posset confici, male Heineccium negare, ante constitutionem Zenonis in *d. l. 1. C. de ædif. priv.*, non fuisse in gratiam vicinorum lege positum ædificiis modum. Jacobus Cujacius utrisque *not. ad h. §.* Corasium non laudatum sequitur in casu secundo & quarto: addit & alium, si vicino jam ante cessero, jus mihi non esse altius tollendi, ut in *l. egi tecum, ff. de except. rei jud.*, *l. si domus, ff. de serv. urb.*, *l. si mihi, de serv. rust.* Simile videtur hoc Cujacii additamentum sententiæ Balduini, atque Hotomani, qui de servitute altius non tollendi a me tibi constituta, tum a te mihi remissa Tribonianum intelligunt. Scribit tamen *cit. loc.* Vultejus, aliud esse servitutem *remitti*, quæ est species Balduini, aliud *cedi*, quo verbo Cujacius utitur: nam remissa altius non tollendi servitute, non tam videtur novum jus constitui, quam vetus naturalis libertas redire: quæ difficultas Balduino atque Hotomano maxime obstat; at vero servitute cessa, & altius non tollendi servitus remissa, & novum præterea jus altius tollendi quæsitum intelligitur. Voluissem sane ego, ut Vultejus discrimen illud ex arte juris confirmasset, ne cui totum ex ingenio confictum videretur. Interea mihi, ut ceteris, aqua hæret: si qua ramen potest huic Triboniani loco ex Interpretum commentariis lux affulgere, ea certe affulget ex Corasio. Nunc in illud est inquirendum, cur in rerum incorporalium controversiis & affirmative, & negative agi possit, in judiciis vero rerum corporalium affirmative tantum. Vera ratio videtur hæc, quod in rei corporalis vindicatione de dominio quæstio est; ubi autem de dominio agitur, nihil prodest actori probare, rem non esse alterius, sed hoc unum sua interest probare, rem suam esse; nam quod meum est, certe non est tuum: quod vero tuum non est, non ideo meum est, quod possit esse alterius, *l. si inter 19. ff. de except. rei jud.* At in controversiis servitutum actoris interest probare, adversario jus non esse, hujus enim probationis necessarium consectaneum illud est, rem ejus liberam esse. Atque hoc est discrimen unum inter rei corporalis actionem, & actionem rei incorporalis: alterum est hoc, quod pro re corporali experitur is, qui possidet: pro re incorporali is etiam, qui non possidet. Neque obscura hujus discriminis ratio. Rem corporalem possidenti si prodita esset in rem actio, ea vel confessoria esset, vel negatoria: at illam rei ipsius natura non patitur: hæc prorsus inutilis. Qui rem, quam possidet, ab alio vindicat, dicendo rem suam esse, rem sibi restitui petit: est autem contra naturam rei petere, ut qui rem non habet, tibi restituat, qui jam habeas. Quod si qui possidet rem esse adversarii neget, etsi non videatur contra naturam rei agere exemplo negatoriæ de servitutibus, qua utitur *proprietatis dominus*, ne *inquietetur*, *l. 5. §. ult. si ususfr. pet.*; certe tamen inutiliter agit, quum satis ei esse debeat ad repellendum adversarium ipsa, quam habet, possessio, in pari enim caussa potior est caussa possessoris, ut Paulus docet 1. *Sent.* 11. Quod in rebus incorporalibus vindicandis secus est ea ratione, quia quum earum possessio sita sit omnis in nostro usu, & alterius patientia, quumque is usus sit rei alienæ, non est adeo certa possessio,

sessio, ut ea contenti nihil opus habeamus confessoria agere, facile enim potest is, qui servitutem debet, nostrum usum sive scientibus, sive ignorantibus nobis interpellare. Sic, quum libertatis rei nostræ possessio in nudo usu nostro, ac præterea vicini patientia consistat, ut proinde facile eum possit vicinus interturbare; sola possessio nos satis tutos non facit, sed ne in posterum nobis negotium fiat, necesse est negatoria actione rei nostræ libertatem asserere. At quæ sit Triboniani ratiocinatio, videamus. Ait, *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet: ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse.* Vehementer se dubitare fatetur Hotomanus, quid hoc loco Tribonianus significet, nam communis ratiocinandi consuetudo post ea, *nam in his agit, qui non possidet*, subaudiri debere illud ostendit, *negatoria vero semper possessori datur*, ut hæc sit argumentatio, *Negatoria semper datur possessori: in controversiis rerum corporalium semper agit is, qui non possidet; quare in istis controversiis non est prodita actio negatoria.* At quid est hac argumentatione absurdius? Falsum esse primam syllogismi propositionem, liquet ex *l. 6. §. 1.*, & *l. 8. §. 3. si serv. vind.*, & *l. 5. §. ult. si ususfr. pet.*, ubi & possessori, & non possessori negatoria actio est prodita. Verum etsi ea argumentatio absurdissima sit, nihil tamen absurdius interpretatione Hotomani universalem illam propositionem temere subaudientis, *negatoria vero semper datur possessori*, nam satis constat Triboniani sententia, si universali huic, *in controversiis rerum corporalium vindicatio semper datur non possidenti*, particularem hanc propositionem opponamus, *in controversiis rerum incorporalium aliqua actio non possessori datur, aliqua etiam non possessori*. Hæc est igitur Triboniani argumentatio & quidem rectissima, Actio negatoria in controversiis rerum corporalium non est prodita. Quid ita? nempe quia in his controversiis *is agit, qui non possidet*. Verum quid hoc ad primæ propositionis probationem? Vide, quid referat. Si qua detur non possidenti vindicatio, hæc eo spectabit, ut is rem sibi petat, adeoque eam suam esse dicat: at rem sibi petere nullo modo potest negando, nam aut negat suam esse, & sua ipsius confessione repellitur: aut negat esse adversarii, & nihil hoc ad rem suam. Non igitur in re corporali vindicanda negatoria actio datur ei, qui non possidet. *Ei vero*, continuo subdit Tribonianus, *qui possidet, non est actio prodita, per quam neget actoris esse*. Jam quid hoc est? Actionem negatoriam, quam non possessori denegavit, possessori etiam negat, & utitur tamen adversativa particula *vero*, quæ prorsus aliam facit sententiam ab ea, quæ præcedit? Vinnius sic rem exponit. Tribonianus & non possessori, & vero etiam possessori in rerum corporalium controversiis negatoriam actionem denegat. De eo, qui non possidet, ita loquitur, ut non obscure ostendat, eam actionem vetante ipsa rei natura denegari: possessori autem inquit non esse eam jure proditam: quæ loquutio demonstrat, non naturam obstare, sed jus, quod eam ut inutilem respuit: qua de re dictum supra. Sed & in istis Triboniani verbis duo se concoquere facile non posse, scribit Hotomanus: unum, quod Tribonianus inquit, possessori actionem non dari; quasi vero anus ulla tam excors inveniri possit, quæ hac de re dubitet: alterum, quod Tribonianus ait, *adversus actorem actionem* non dari: quum non possit actor dici is, contra quem agitur. Quod igitur ad prius attinet, is negatione intrusa legit, *Ei vero, qui non possidet,*

det, eo sensu, ei, qui non possidet, pro rebus corporalibus negatoriam actionem non dari. Quod facit ad posterius, is reponit, *non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse, vel auctoris*, hoc est ejus, qui in jus vocatus auctorem se, ac defensorem fore, ostendit, quo sensu accipiendum illud in veterum Romanorum judiciis usurpari solitum, QUANDO TE IN JURE CONSPICIO, POSTULO ANNE SIES AUCTOR. V. Brisson. *de V. S.* v. Auctor. Addit & alteram conjecturam, intelligi hunc locum posse de antiquis vindiciarum formulis hoc sensu, in his eum vindicare, qui non possidet, ei vero, qui possidet, non esse formulam proditam, per quam ita contradicat actori, *At ego tuam rem esse nego*, sed potius hanc, *At ego contra vindicias postulo*. Verum prior emendatio prorsus absurda, quod sit contra mentem Triboniani, qui id propositum habuit, actionem negatoriam, & rei corporalis vindicationem opponere, ut jam tradita ostendunt; cumque ad hanc sententiam a Triboniano scriptum sit, ei, qui possidet, non esse proditam actionem negatoriam, patet, quam sit ridiculum illud, quod de excordi anu objicit Hotomanus. Absurdum etiam recte dices, quod de antiquis vindiciarum formulis inquit, qui enim contra vindicias postulabat, excipere dicebatur, non agere. Posterior emendatio forte laudanda, maxime quum τὸ *actoris* Theophili paraphrasis non habeat, ac praeterea testetur Charondas *3. Verisf.* 2., se in plerisque Institutionum Codicibus expunctum *actoris* nomen observasse, in uno autem eoque vetustissimo ita scriptum invenisse, *rem alterius esse*, ejusque margini adscriptum, *Alterius deest in aliis*. Praestat igitur vulgatam lectionem deserere, quam dicere, fuisse Tribonianum *actoris* verbo abusum, & vel cum Bachovio *actorem* interpretari eum, contra quem agitur, qui tamen acturus forte erat, aut saltem poterat agere, asserto sibi per usum jure servitutis, aut cum Vinnio interpretari eum, qui, si hoc casu ageretur, actor esse deberet: vix enim verisimile est, Tribonianum tam vulgare actoris nomen minus proprie usurpasse. Venio nunc ad postremam hujus §. partem, quae omnium temporum interpretes male habuit. Ubi dixerat Tribonianus, in rerum corporalium controversiis eum agere, qui non possidet, in controversiis vero rerum incorporalium etiam eum, qui possidet, verba haec subdidit, *Sane uno casu qui possidet nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit*. In hoc uno casu quaerendo toti sunt interpretes, sed opinionum diversitas eo venit, ut non uno modo hic locus legatur. Vulgatam lectionem pluribus adstruunt Ant. Contius *lib.* 1. *Lect. cap.* 1., Johan. Robertus *lib.* 1. *Recept. lect. c.* 18., Lud. Charondas *lib.* 3. *Verisimil. c.* 2. & 3., & plerique omnes. Æmilius Ferrettus ad *h. l.* ex pervetusto Codice negationem intrudit, *Sane non uno casu*: idque placuit Donello ad *h. l.*, cumque negationem illam a Theophilo abesse animadverteret, scriptum est enim in Graeca Paraphrasi, ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι, is pro ἐν legit οὐκ. Qui negante sensu locum hunc interpretantur, eo moventur, quod si unus in jure universo erat is casus, quo possessor actoris partes obtineret, male Tribonianus pro eo uno quinquaginta latissimos Digestorum libros adolescentibus revolvendos proposuisset: quod si vero negans particula inferatur, plures erunt casus pluribus Pandectarum titulis pertractati, quibus in rerum corporalium controversiis, qui possidet instar actoris habendus est, qualis habetur in judiciis mixtis, in praejudiciis, in interdictis &c. Alii negationem illam

non ferunt, at non uno tamen modo legunt. Veteres nonnulli Codices habent, *sane in une casu*, & *sane unoque casu*. Eguinarius Baro ad *h. l.* legit, *sane in hoc casu*: quam lectionem Cujacius etiam retinuit *not. pr.* eo sensu, hoc casu possessori actionem in rem jure proditam, quum de re incorporali quæstio est. Sed & idem Cujacius *not. post.* præferre videtur lectionem illam, quam Hotomano, Wesembecio, & Gothofredo probari video, *sane illo casu*: quod & eodem sensu dicitur, & magis proprie, nam de negatoria pro servitutibus actione aliquanto superius agitur. Vides, quanta fit de hujus loci lectione interpretum dissensio: sed neque illud extra controversiam positum est, num is casus de corporalium, an incorporalium rerum vindicatione intelligendus fit. Vide Accursium, & Fabrum ad *h. l.*, Joh. Corasium 3. *Misc.* 23., Mynsingerum ad *hunc* §., Govean. *loc. cit.*, Donel. ad *h. tit.*, A. Contium 1. *Lect.* 1., Joh. Robert. 1. *Lect.* 18., Vultejum *Discept. schol.* 5., & Joh. Doviatium ad *Theophil.* Ego saniores interpretes sequutus ajo, casum hunc unum in hoc ipso §. extare, eumque esse, quem ex Barone, Hotomano, & Cujacio expressimus, nempe quum quis pro servitutibus actionem intendit, in his enim *possessorem esse eum juris, & petitorem* scribit Ulpianus *l. 6. §. 1. si serv. vind.* Libros autem Pandectarum, quos laudat Tribonianus, intellige titulum, *si usufructus petetur*, ac titulum, *si servitus vindicetur*, quos is libros dixit, sicque non erit opus integrum Digestorum volumen percurrere. Sed neque opus esse reor a vulgata lectione discedere, quum ea satis prodat, non alium esse eum casum, nisi quem exhibet rerum incorporalium controversia.

§. III. *Sed istæ quidem actiones*, ait Tribonianus, *quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus caussis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam*. Jam quæ sunt actiones, quarum habita mentio? Græcorum ac Latinorum pene omnium una est interpretatio, respexisse Tribonianum ad solas in rem actiones, sive corporales, sive incorporales: labi autem eos, qui actiones etiam in personam spectasse Tribonianum existimant, quum quia nulla est earum actionum species expressa, tum quoniam non omnes in personam actiones ex legitimis ac civilibus caussis descendunt, quum multæ Prætoriæ sint. Verum Janus a Costa ad utrumque actionum genus Triboniani verba refert, nam utriusque habita est mentio §. 1., & pariter utriusque expressa caussa, & formula. Nec quod multæ sint actiones in personam Prætoriæ, id obstare putat Janus, quia *d.* §. 1. caute scribit Tribonianus forte ex Cajo, *proditas* esse actiones in personam, quo verbo designari ait actiones legibus proditas. At hoc nimis subtile est. Ego communem interpretationem probo. Quid præterea est illud, *& si quæ sunt similes*? Vulgo ajunt, similes esse petitionem hereditatis, *l. 1. 2. & 3. de her. pet.*, & confessoriam, ac negatoriam in controversiis aliarum servitutum ab iis, quæ præcedente §. comprehensæ sunt. Sed hæc forte levia. Rem ipsam agamus. Habes hic aliam actionum divisionem in Civiles & Prætorias. Civiles definit Tribonianus, *quæ ex legitimis & civilibus caussis descendunt*: Prætorias definit, *quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet*. Caussæ *legitimæ* sunt lex 12. Tab., quæ ob dignitatem quandam appellatione legis intelligitur, *l. 3. de usurp. & usuc.*, *l. 7. §. si paciscar, ff. de pact.*, *l. ult. de colleg.*, *l. 18. qui testam.*, quæque *antiqua lex* appellatur in *l. 2. §. 1. de* [illegible]

noxal.; idque proprie *legitimum* dicitur, quod aut ex verbis, aut ex sententia ejus legis descendit. Sed & legitimum dici consuevit, quod novis legibus, atque adeo Plebiscitis, Senatusconsultis, ac Principum Constitutionibus est introductum, ut Brissonius tradit *de V. S.*: sicque accipe, quod Tribonianus scribit, civiles actiones ex *legitimis* caussis descendere. Cave tamen, ne eodem jure censeas Prudentum interpretationem cum Plebiscitis, aliisque partibus juris civilis, quod faciunt nonnulli, nusquam enim Prudentibus datum legimus actiones constituere. Munus eorum erat actionum formulas certis verbis componere, quo spectat Pomponius *l. 2. §. 6. de O. J.*, ubi fuisse ait post leges 12. Tab. *actiones compositas*, hoc est certas formulas a Patriciis conceptas, quibus lege ageretur; ac praeterea illud videre, num lege competeret actio, & quae potius competeret. Huc refer illud Ulpiani *l. 17. de furt.*, nullam a veteribus proditam patri actionem furti in filium, aut in servum domino. Caussae *civiles* sunt Obligationes juris gentium, quas Civile jus recepit, & confirmavit: quam interpretationem videtur ipse Tribonianus adstruere §. 1. *de oblig. lib. 3.*, ubi civiles obligationes definit; *quae aut legibus constitutae*, (has non male dices *legitimas*) *aut certo jure civili comprobatae sunt*. Praetorias autem actiones Praetor ex jurisdictione sua comparatas habet. Praetoris jurisdictio est Edictum *l. 1. §. pen. de postul.*, & *l. 7. de jurisd.* Sed non omnes actiones Edicto Praetoris descriptae Praetoriae actiones sunt, nam civiles etiam quandoque Praetor Edicto comprehendit, uti exemplo esse potest actio commodati, *l. 1. ff. commod.* Praetoriae actiones proprie sunt, quas civile jus ignorat, Praetor autem primus naturali aequitate motus contra juris civilis adsperitatem Edicto suo introduxit, unde formulae illae in Praetoriis actionibus adhiberi solitae, actiones *impetrari, dari, indulgeri, decerni, permitti, accommodari*, §. 5. *h. t.*, *l. 28. de proc.*, *l. 5. de Praet. stip.*, *l. 45. sol. matr.*, *l. 22. de aqua*, & *aqu.*, *l. 2. de adm. rer. ad civ.* V. Brisson. *de V. S.* Et quoniam Praetores juris civilis custodes erant, non arbitri, ne quid contra jus facere viderentur, fictionibus usi, atque hinc Praetoriae actiones Ulpiano dictae *fictitiae tit. 28. §. 12.*, quod bene ad eum locum monet Charondas. Huc pertinent Triboniani verba, quae sequuntur, *Plerumque ita permittit Praetor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.* Quorum verborum sententia ex iis, quae mox dabimus, clarior fiet. Illud interpretes non mediocriter turbat, *vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse*, quid enim magis a Romana jurisprudentia alienum, quam possessorem agere, quum *possessori nunquam ultro actionem dari*, scriptum sit apud Ulpianum *l. 1. §. 6. uti possid.*? maxime quum rescissoriam ei Praetor indulgeat, qui dominium, & possessionem alterius usu amisit. Et tamen veteres ferme omnes manuscripti, atque editi Codices sic habent. In paucis quibusdam est, *possessorem dicat adversarium suum*: quam lectionem praeferunt Aemilius Ferrettus, Ruffardus, Pacius, Cujacius, Hotomanus, Balduinus, & alii, ita enim possessor erit adversarius, eritque illud, *adversarium suum* per appositionem dictum, perinde ac si scriptum esset, *vel ex diverso* (actor) *dicat*, *possessorem eundemque adversarium suum non usucepisse*. Ego non facile patior, vulgatam lectionem contra omnium pene Codicum auctoritatem ex unius aut alterius Codicis fide immutari, praecipue quum, si *possessorem* legas, dura sit verborum trajectio, & a solutae

orationis ſtylo, & maxime a more Juriſconſultorum aliena. Tu vulgatam lectionem retine, ac poſſeſſorem cum Accurſio interpretare, qui fuit antea poſſeſſor, quemadmodum §. 5. *infr.* dominus dicitur, qui fuerat dominus. Eo ſenſu *inſulam* Proculus *l.* 56. §. 1. *de adq. rer. dom.*, *tutorem* Ulpianus, & Cajus *l.* 13. & 14. *de tut. & rat. diſtrah.*, & *ſervum* Tribonianus dixit §. 2. *qui, & ex quib. cauſ. man. lib.* 1. V. Chriſtoph. Ricc. *Vindic. jur.* 16. Præſtat leges duriuſcule interpretari, quam minus feliciter emendare.

§. IV. Prætoriarum in rem actionum prima eſt Publiciana, cui nomen a Prætore Publicio, quem eundem eſſe cum Publicio Gellio uno ex decem Servii diſcipulis, ſcribit Bertrandus de *Juriſper. lib.* 2. *p.* 172. *edit. Toloſ.*, quemque in Ciceronis tempora incidiſſe, colligit ex Orat. *pro Cluent. c.* 45., ubi M. Junii, (al. Julii) & Q. Publicii urbanorum Prætorum habetur mentio. At Heineccius in *Antiqu.* Publicianum judicium, ut Cajus loquitur *l.* 13. *de publ. in rem act.*, Tullio antiquius facit teſtimonio ductus Terentii *Phorm. act.* 2. *ſc.* 4. *v.* 9., ubi meminit actionis reſciſſoriæ, cujus auctor idem Publicius *l.* 35. *de O. & A.*, *l.* 57. *ff. mand.*, de qua tamen lege mox. Sic autem in Phormione Demiphonem adloquitur Cratinus advocatus,

. . . . . Quod te abſente hic filius
Egit, reſtitui in integrum æquum eſt & bonum.
Et id impetrabis: dixi.

Hoc loco reſciſſoriam deſignari putat Heineccius, quamvis male eam a Cratino rabula adplicari ſcribat *not. ad Vinnii Comm. ad* §. 5. *h. tit.* Ego vero nihil eſſe apud Terentium ajo, quod referri commode queat ad reſciſſoriam actionem. Antipho Demiphone patre abſente uxorem Athenis duxit. Demiphoni ſuper eo conjugio conſulenti reſpondet Cratinus, æquum eſſe, contractum a non ſui juris filio, quum pater abeſſet, hoc eſt inſcio patre initum in integrum reſtitui, hoc eſt, reſcindi, ac pro non facto haberi, idque patrem a judice impetraturum. Quid hoc cum reſciſſoria? Sigonius 1. *de Judic.* 17. actionem hanc fuiſſe primum ſub Imperio conſtitutam inquit. Sed Sigonii conjectura veri ſpeciem habet nullam. Tutius eſt Bertrandum ſequi. Publiciana datur ei, qui rem ſibi a non domino bona fide, & ex juſta cauſſa traditam, ſed non dum uſucaptam caſu amiſit, ut eam a poſſeſſore non domino tanquam uſucaptam repetat. Eam ſic expreſſit Edicto Prætor, *ſi quis id, quod traditur, ex juſta cauſſa non a domino, & non dum uſucaptum petet, judicium dabo.* Ait, *quod traditur*, nam nemo poteſt non traditæ ſibi rei ſe dominum dicere, quum traditionibus, non nudis conventionibus dominia rerum transferantur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.*: quod tamen eſt de iis rebus accipiendum, quæ ita jure ſunt comparatæ, ut ſine traditione, aut poſſeſſionis adprehenſione non transferantur. Ceterum ſi cui ex Trebelliano hereditas reſtituta eſt, etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem, uti eum poſſe Publiciana, ſcribit Paulus *l.* 12. §. 1. *de publ. in rem act.*: idemque de iis rebus eſt cautum, quarum dominium cedit ſine traditione. Ait *ex juſta cauſſa*, hoc eſt cauſſa ad transferendum dominium idonea, puta ex cauſſa emtionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum, quibus exemplis utitur Tribon. *h.* §. Quod ſi quis juſto errore facti cauſſam ſubeſſe putet, quæ nulla re vera eſt, Publiciana agere non vetatur. Sic qui a furioſo ignorans eum furere, emit, quamvis nulla ſit emtio, *l.* 5. *de R. J.*, tamen poſſe eum uſucapere,
ac

ac proinde Publicianam habere, Marcellus libro decimoseptimo Digestorum scribit apud Ulpianum *l.7.§.2.de public.* (a) Obstat Paulus *l.2. §. 16. pro emt.*, *Si a furioso, quem putem sana mentis, emero, constitit usucapere militatis caussa me posse, quamvis nulla esset emtio, & ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.* Multa de hac antinomia Cujacius ad *d. §. 16.*, & A. Mercator *2. not. 17.*; sed vulgo recepta est Accursiana distinctio, sententiam Marcelli esse, Publicianam contra extraneum dari; sententiam vero Pauli, Publicianam contra ipsum furiosum, qui dominus est, non dari. Hanc distinctionem, quam nonnulli ut divinatoriam rejecere, aliis vero necessitas probavit: confirmare videtur mihi contextus ipse orationis, ita enim scribit Paulus, *neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis*; quemadmodum igitur de evictione actio in ipsum furiosum datur, & possessionis accessio ab ipso furioso est, ita debet Publiciana eo loco non extraneum, sed furiosum ipsum spectare. Ait, *non a domino*, subaudi tamen, quem is, qui accepit, dominum putabat, aut jus alienandi habere, puta procuratorem, aut tutorem, est enim bona fides ad Publicianam necessaria, *d. l. 7. §. pen. & ult.* Ait, *& nondum usucaptum petet*, nam, ut monet Ulp. *l. 1. §. 1. eod.*, *si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam*: atque hanc, quam Ulpianus, *civilem* actionem dicit, Tribonianus hic *directam* vocat, etsi enim honorariæ actiones aut directæ sint, si Edicti verbis comprehendantur, aut utiles, si, deficientibus Edicti verbis, Prudentum interpretatione introductæ sint, *l. pen. §. ult. de his, qui dej. vel eff.*, *l. 70. de R.V.*, *l. 1. & 22. de pign.*, *l. 19. pr. de inst. act.*, *l. 1. §. pen. de pec. const.*, *l. 1. C. de precar.*, tamen omnes civilibus oppositæ dicuntur utiles, *h. §. l. 16. §. ult. de pign. act.*, *l. 26. §. 2. de nox. act.*, *l. 1. de superfic.*, *l. ult. C. quib. ex caus. maj.*: qua eadem ratione civiles omnes actiones etsi directæ sint, aut utiles, honorariis oppositæ dici *directæ* possunt. Illud Tribonianus addit, quod Prætor omiserat, dari Publicianam ei, qui rei nondum usucaptæ possessionem *casu* amisit, ut intelligamus, eum, qui facto suo rei possessionem amisit, Prætoris beneficio non juvari. Hujus actionis caussa non dominium est, nam non dum perfecta supponitur usucapio, non obligatio, nam nihil inter actorem, & novum possessorem est actum, sed naturalis æquitas, est enim natura æquum, ut res potius ad eum redeat, qui justo titulo, & bona fide possidebat, quam sit penes alium. Struvii, Thomasii, & aliorum opinio, qui actionem hanc ex dominio præsumto esse arbitrantur, eo principio nititur, quod bonæ fidei possessor loco domini sit. Sed hoc verum quod ad fructus *l. 48. de adqu. rer. dom.* Utcumque sit, non est, cur nonnulli Tribonianum accusent, quod mendacio bonæ fidei possessorem tueatur iis verbis, *Sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse*, maxime quum ejus formulæ nulla sit in Digestis mentio. Nam aut id explicandum ex Theophilo, qui habet, *δεσπότης ἐγενόμην*, *quasi usucepi*, aut referendum id ad effectum potius actionis, quam ad for-

(a) *In vulgata hic §. principium est legis 8, cum epigraphe*, Marcellus lib. 16. Digest. scribit.

formulam ipsam, actor enim dicet, se rem bona fide, ac justa caussa accepisse, ejusque possessionem casu amisisse, proindeque rem sibi restitui petet. Hoc autem effectu ipso perinde est, ac si res vere esset usucapta, nam actor non usucapta re idem obtinet beneficio Prætoris, quod re usucapta jure civili obtineret. V. quæ dicemus *infr. ad* §. *seq.*

§. V. Secunda Prætoria in rem actio est Rescissoria, quæ & Publiciana dicitur, & forte eundem Publicium auctorem habet. Id vulgo colligunt ex *l. mandatum* 57. *ff. mandat.*: at nihil est in eo textu, quod conjecturam juvet, ibi enim & de ea tantum Publiciana sermo est, de qua actum §. *praeced.*, & illud est de ea scriptum, contra dominum non dari. Probabile est argumentum, quod ducitur ex *l. in honorariis* 35. *de O. & A.*, ubi Paulus, *Publiciana*, inquit, *ad exemplum vindicationis datur: sed quum rescissa usucapione redditur, anno finitur.* Quibus verbis utraque Publiciana continetur, & quæ ad exemplum vindicationis datur, hoc est, qua rem non usucaptam, perinde ac esset usucapta, vindicamus, de qua in *tit. ff. de publ. in rem act.*, & quæ rescissa usucapione redditur, hoc est, qua rem nostram ab aliis usucaptam rescissa usucapione petimus, de qua in *tit. ff. ex quib. cauf. maj.* Verum hæc levia sunt: actionem ipsam inspiciamus. Si absens rem ejus, qui in civitate est, usucapiat, dominus rescissa beneficio Prætoris usucapione rem intra annum vindicat. Nullam Prætor absentiæ caussam Edicto expressit, eumque omnes absentes fuisse amplexum, diserte scribit Ulpianus *l. item ait* 21. §. 1. *ex quib. cauf. maj.* Tribonianus autem *h.* §. de eo loquitur, qui aut *Reip. caussa abest*, aut *in hostium potestate est*. Quid ita? Certe non ut in absentiæ caussis aliquod positum discrimen putes, sed ut inde conficias, nulla absentiæ caussa fieri, ne contra reversum rescissoria detur, nam quæ contra absentem Reip. caussa, & contra captivum competit, etiamsi uterque ex justissima caussa absit, eo magis in eum competit, qui aut privati negotii, aut animi caussa, aut dolo abest. Habes hinc, posse absentem rem ejus, qui in civitate est, usu facere suam, etiamsi is, qui in civitate est, agere contra illum non possit. Neque obstat protritum illud verbum juris, frustra usucapionem opponi iis, qui movere actionem non potuerunt, *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.*, *l.* 1. *in fin. C. de bon. mat.*, *l.* 1. *in fin. C. de annal. exc.* Nam id verum est, ubi non factum, uti est in hac specie absentia, sed jus impedit actionem, ut in *dd. ll.*, & *l.* 7. §. 4. *C. de præscr.* 30. *an.*: quibus etiam locis abunde refellitur Antonius Faber, qui *decad.* 3. *er.* 9., & *dec.* 28. *er.* 8. scribit, ne juris quidem impedimentum usucapioni obstare. Verum hoc idem in caussa fuit, cur Prætor beneficium restitutionis indulserit, quod non posset is, qui in civitate erat, contra absentem agere, sicque usucapionem interpellare, & forte minus æqua Prætori visa est distinctio illa inter impedimentum juris, & facti. Et vero denegat Prætor beneficium restitutionis ei, qui cum procuratoribus, ac defensoribus absentis potuit experiri, *d. l.* 21., & *l.* 22. *ex quib. cauf. maj.*, & si jure novissimo Justiniani cesset ex hac parte Edictum, quum possit is, qui in civitate est, de absente queri apud Præsidem Provinciæ, aut Episcopum, aut Defensorem civitatis, vel, si hi abfuerint, publice libellum suæ voluntatis indicem proponere, ubi domicilium habet possessor, vel a tabulario, vel, si civitas tabularios non habeat, a tribus testibus subscriptum. At vero difficile intellectu est exemplum captivi, nam *qui apud hostes est*, inquit Ulp. *l. ait Prætor* 23. §. 2. *ex quib. cauf. maj.* *nihil sibi per usum* adqui-

adquirere potest, nec coeptam possessionem poterit implere, dum est apud hostes, imo nec postliminio reversus recuperabit per usum dominii adquisitionem. Sed certe illud ita intelligendum, si qui fuerunt in potestate captivi, hoc est filii ejus & servi, usu rem adquirant ex re peculiari, *d. l. 23. §. 3.* Reverso igitur in civitatem eo, qui aberat, potest dominus, hoc est is, qui rei ante usucapionem dominus erat, (quo sensu eum Tribonianus dominum dicit, more ab optimis Latinae linguae auctoribus usurpato) rescissoria agere, atque uno eodemque judicio usucapionem rescindere, ac rem ipsam petere; longe enim absunt a vero qui putant, duplici hic opus esse judicio, altero, quod *rescindens*, altero, quod *rescissorium* appellant, ac proinde duplici libello, duplici litis contestatione, ac decreto duplici. Falsissimam hanc opinionem praecipiti judicio veteres ferme omnes probarunt, certe non probaturi, si illud attendissent, quod ex multis Pandectarum locis aperte constat, ipsum Praetorem rescissoria actione praesentibus data usucapiones absentum rescidisse, *l. 1. §. 1., l. 26. §. 7., l. 28. §. pen. ex quib. caus. maj., l. ult. C. eod., l. 24. C. de R. V.* Apertissime Tribonianus hic ubi scripserat, permitti domino rescissa usucapione rem petere, quid esset, *rescissa usucapione rem petere*, aperuit his verbis, quae proxime sequuntur, *id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse*. Fortasse caussam errori dedit ignoratio antiquitatis, quum enim minus periti rerum Romanarum interpretes multa olim in judiciis apud Praetorem fieri, multa etiam fieri apud Judicem legerent, putantes, quae apud Praetorem fiebant, judicium esse, quae tamen judicium non erant, sed quidam ad judicium apparatus, hanc de duplici judicio opinionem in jurisprudentiam importarunt, quod Vin. monet. Datur haec actio intra annum utilem ab eo tempore, quo possessor desiit abesse, *h. §. & l. 1. §. 1. ex quib. caus. maj., & l. ab hostibus 18. C. de postl. rev.* Et quamquam honorariae actiones, quae rei persequutionem habent, etiam post annum dentur, ut Cassius inquit apud Paulum *d. l. 35. de obl. & act.* tamen hanc actionem anno finiri, Paulus subdit, *quia contra jus civile datur*, hoc est, quia usucapionem civili jure institutam rescindit. Qui duplex illud judicium statuunt, de quo pauca modo, duplex quoque tempus statuunt, & rescissorio quidem judicio dant annum utilem, quo spectare ajunt hunc §., & ea omnia Pandectarum loca, quibus rescissoriam anno concludi scriptum est, rescindenti vero quadriennium continuum, quo referunt Justiniani constitutionem in *l. ult. C. de temp. in integr. rest.*, non advertentes, in ea constitutione jus novum procudi, & annum utilem in quadriennium continuum transmutari. Duo sunt reliqua in hoc §., quae interpretationem desiderant. Unum est, quod ait Tribonianus, actorem ita petere, *ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse*: quod si ita intelligas, ut verba sonant, actor & falsum dicet, quum re vera jure civili usucapta res sit, & praeterea nihil aget, quum in re corporali vindicanda negantis formulae nulla sit utilitas. Verum hos obices removebis, si ea verba ad hanc sententiam deflectas, actorem dicere, suam rem esse, nec, quod adversarius usucapionem opponat, id quidquam obturbare, nam absens usucepit, ut sibi non fuerit integrum, actione edita usucapionem interpellare, ac proinde eum usucepisse non videri. Alterum est, quod addit Tribonianus, id *genus actionis quibusdam & aliis simili aequitate motum Praetorem accommodare, sicut ex latiore Digestorum volumine intelligere licet*. Sed non est dubium, quin designetur his verbis

bis rescissoria, quæ datur absenti contra præsentem, qui rem ejus usucepit, *l. 1. & passim, ff. ex quib. cauf. maj.* Et sane poterat Tribonianus iis verbis generalibus, & vagis abstinere, remque ipsam paucioribus explicare. Hujus actionis caussa est justa absentiæ excusatio, succurrendum enim censuit Prætor & adversus absentes, ne capiant, & ipsis absentibus, ne capiantur, *d. l. item ait 21. ff. eod.* Et æquum est visum in hac specie inter absentiæ caussas distinguere, prodest enim vel necessaria, vel spontanea quidem, sed justa, & probabilis caussa, ut ex *tit. Ex quib. cauff. maj.*

§. VI. Tertia Prætoria in rem actio est, qua creditores rem a debitore in eorum fraudem alienatam rescissa traditione petunt, id est, *dicunt, eam rem traditam non esse*, (quæ verba in eam sententiam accipienda sunt, quam §. 5. & 4. exposuimus) *& ob id in bonis debitoris mansisse*. Hanc actionem Theophilus, & plerique omnes post eum Paulianam vocant: sed num ea in rem sit, an potius in personam, quæri video. Glossa, & alii satis multi, quorum præcipuus est Vinnius, eam in personam esse contendunt, exponi autem hic a Triboniano inter Prætorias in rem, non quod ipsa in rem sit, sed quod cum rescissoria aliquid commune habeat, nempe quod in utraque Prætor jus civile rescindat, in hac traditionem, in illa usucapionem. Et vero eam non esse in rem, probare videntur duo illa, unum, quod qui actione in rem agit, rem esse suam ait: at creditores Pauliana actione rem dicunt, *in bonis debitoris mansisse*, ut loquitur hic Tribonianus: alterum, quod in rem actio & rei possessorem sequitur, etiamsi is neque ex contractu, neque ex maleficio teneatur, & nullo modo in eum datur, qui non possidet, *l. actionum 25. de O. & A.*: verum Pauliana actio non est prodita in possessorem, nisi is particeps sit fraudis, *l. 1., 9., & 10. ff. quæ in fraud. cred.*, vel ex lucrativo titulo possideat, *l. 5. C. de rev. his, quæ in fraud. cred.*, & præterea non solum heredi, ceterisque successoribus, sed & in heredes, similesque personas datur, *d. l. 10. in fin.* Hinc satis evinci potest, eam actionem esse in personam. Sed & idem perspicuum fit ex eo, quod passim ea actio in factum dicatur, *d. l. 10., & l. 14. ff., & d. l. 5. C. eod.*: quæ autem in factum dicuntur actiones, in personam sunt. Accedit argumentum a Faviana actione ductum, quæ in personam est *l. 1. §. 26. ff. si quid in fraud. patron.*: utraque autem actio & Faviana, & Pauliana ex eadem caussa est, eundemque effectum habet: hæc alienata in fraudem creditorum, illa revocat alienata in fraudem patroni. Denique idem videtur luculentissime confirmare Paulus *l. 38. ff. de usur.*, ubi initio scribit, *videamus generaliter, quando in actione, quæ est in personam, etiam fructus veniant*, tum addit §. 4., *in Faviana quoque actione, & Pauliana, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus restituuntur*. Contra Theophilus, & alii non pauci revocatoriam hanc actionem potius esse in rem ajunt, nam & eam recenset Tribonianus inter actiones in rem, & utitur verbo *petere*, quod actionum in rem est proprium; & formulam actionis exprimit, quæ actionibus in personam convenire nullo modo potest, & eam dat in tertium possessorem, cum quo nihil est actum. Ab utraque sententia discesserunt nonnulli ea ratione, quod & Pauliana actio certe in personam sit, & certe etiam hoc §. aliqua in rem actio proponatur, neque enim eis verisimile est visum, inseruisse Tribonianum inter actiones in rem actionem in personam

ob.

ob solam ejus cum rescissoriis similitudinem. Schotanus *Exam. ad tit. ff. de his, quæ in fraud. cred.* Putant igitur, agi hoc loco de hypothecaria in rem actione, quæ nascitur ex Prætorio pignore, quæque revocat alienata post missionem creditorum in possessionem, *l. ult. C. de Præt. pign.* Ego sic sentio, difficile esse ita unam ex tribus istis opinionibus amplecti, ut tuto valeas in ea conquiescere. Primæ graviter obstat Tribonianææ methodus: secundæ apertissima juris loca: tertiæ obstant duo hæc, unum, quod Tribonianus loquatur hic de alienatione *in fraudem creditorum*: ad hypothecariam vero ex Prætorio pignore fraudandi animus non sit opus, *d. l. ult. C. de Præt. pign.*: alterum, quod si de Prætorio pignore sermo hic esset, male eam formulam expressisset Tribonianus, *eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse*; nam alienata re pignori opposita jus pignoris non tollitur, sed ipsi rei, quocumque res abeat, adhæret. Ajo igitur, Paulianam actionem sola Prætoris æquitate niti, neque ex ullo jure in re dari, neque ex ulla obligatione, proindeque nec in rem esse, nec in personam, sed modo actionem in rem, modo actionem in personam imitari, magis autem ad hanc accedere, quam ad illam. Ex nullo jure in re dari, clarius est, quam ut probari oporteat. Ex nulla etiam obligatione datur: non ex delicto, nam si possessor ex lucrativa caussa possideat, Pauliana actione tenetur, etiamsi fraudis non sit particeps: & quamvis, si oneroso titulo possideat, Pauliana non teneatur, nisi conscius sit fraudis, tamen is, quia nihil cum creditoribus egit, nihil in eos videri potest peccasse. Præterea quæ actiones ex delicto dantur, eæ non ad rem revocandam, sed vel ad pœnam comparatæ sunt, vel ad id, quod interest, ut ineptissime videatur Paulianæ formula in eam sententiam concepta, *rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse*. Non etiam ex contractu, aut quasi contractu, nam nulla inter tertium possessorem, & creditores vera, aut præsumta conventio videtur intercessisse, quum nihil inter eos sit actum. Restat igitur, ut hujus actionis fundamentum sit sola auctoritas Prætoris, qui æquum esse censuit, creditores hac actione contra debitoris fraudem tueri. Extare autem in jure nostro actiones, quæ nec dominii, nec obligationis caussam habeant, sed sola æquitate legis, aut Edicti auctoritate consistant, perspicuum fit testimonio Celsi *lib. 5. Dig. l. 32. de reb. cred.* Jam Pauliana actionem in rem imitatur, quia in tertium possessorem, cum quo nihil est actum, competit; qua forsan ratione Tribonianus eam Prætoriis in rem accensuit: in aliis ad actionem in personam accedit. Quæ de hujus actionis ingenio disserui, forte etiam dici haud inepte possent de Publiciana, & Rescissoria, quæ ambæ in rem proprie non sunt: & sane Prætorias in rem actiones propius inspicienti patebit, omnes, præter Servianam, & quasi Servianam, referri debere ad certum quoddam actionum genus, quæ nec proprie in rem sunt, nec proprie in personam. V. Bachov. & Huber. hic. Datur hæc actio *bonis ejus* (h. e. debitoris) *a creditoribus possessis ex sententia Præsidis*, inquit Trib.; nec solum possessis, sed etiam distractis, quod est supplendum ex *d. l. 5. C. eod.*, *bonis possessis, itemque distractis*, ubi male Accursius *possessis*, inquit, *a creditoribus, distractis a debitore*, nam & ipse orationis ductus, & ea quoque ratio demonstrat, bona a creditoribus possessa, itemque ab ipsis distracta supponi, quod non sit revocatoria actio creditoribus danda, nisi certo constet, satisfieri aliter non posse: id vero nisi excussis, distractisque per curatorem bonis constare non potest: unde illud in Edicto Prætoris,

toris, *de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dari oportebit, actionem dabo*, *d. l. 1. ff. eod.* Apertissime etiam Ulp *l. ait Prætor 10. §. 1. eod.*, *Ita demum*, inquit, *revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si creditores bona ipsius vendiderunt*; & a die venditionis bonorum numerari annum utilem, intra quem proponi potest hæc actio, scriptum est in *l. 6. §. ult.*, *& d. l. ait Prætor*, *§. annus*, *ff. eod.* Hinc tamen cave illud colligas, quod placere nonnullis video, hac actione ea tantum revocari, quæ post missos in possessionem creditores debitor in eorum fraudem alienavit: Nam & generaliter Prætor Edictum proposuit, *Quæ fraudationis causa gesta erunt*, *l. 1. eod.*, & Julianus *l. 17. §. 1.* sic de eo scripsit, qui, quum haberet creditores, libertis suis universas res suas tradidit, quamvis non proponatur, consilium fraudandi habuisse, tamen quia creditores habere se scit, & universa bona sua alienavit, intelligendum esse, fraudandorum creditorum consilium habuisse, ideoque & si filii ejus ignoraverunt, hanc mentem patris sui fuisse, hac actione teneri. Ex quo loco manifestum est, debitorem ante missos in possessionem creditores bona sua alienasse, nam si post missionem alienasset, nec de ejus animo fuisset ambigendum, nec tradi omnia potuissent. Pauliana igitur & post & ante missionem datur, licet minus sit post missionem necessaria, quum possit tunc hypothecaria agi, *d. l. ult.*

§. VII. Quarta Prætoria in rem actio est Serviana, cui nomen a Servio, sive a Servio illo, cujus Præturam meminit Paterculus *lib. 2. c. 15.*, sive etiam ab alio Prætore ex gente Servia. Certe non est, quod visum Antonio Aug. *de Nom. Propr. Pand.*, & Jac. Curtio *lib. 3. Εικασ. c. 39.* a Servio illo Sulpitio, quem & summum Jurisconsultum, & Prætorem fuisse, testatur Tullius *pro Muræna c. 20.*; nam Sulpitium non urbanam, aut peregrinam Præturam, sed quæstionem dumtaxat de peculatu sortitum, Tullius scribit *pro Muræn. 20.*: Prætores autem quæstiones sortitas nullam habuisse civilem jurisdictionem, proindeque nullum potuisse Edictum proponere, satis est ex antiquitatis memoria compertum. Facit huc locus Taciti *Agric. 6. Idem Præturæ tenor, & silentium, nec enim jurisdictio obvenerat*. V. Grævi. *ad Orat. pro Muræn.*, Savillium ad *Tacit. Agric.*, & Everardum Otton. in Servio *Sulpit. cap. 10. §. 1.*, *& 2.*. Jam ridicula est Accursii, & veterum quorundam originatio, Servianam a *servando* dictam, quod fundi domino jus suum servet: quasi aut aliæ actiones jura eorum, quibus competunt, non servent, aut ea origine *Servatoria* potius dicenda non sit, quam *Serviana*. Ante Servium Prætorem nulla erat in rem actio Jure civili prodita, qua creditor bona sibi pignori data, vel nudo pacto obligata persequeretur. Opus erat ad eam actionem, ut vel res a debitore cederetur in jure, vel contracta fiducia manciparetur. Sed quantum ea res habebat molestiæ! Neque omnia poterant ex jure Quiritium mancipari, neque ab omnibus, neque semper, aut ubique. Servius igitur publico bono Servianam actionem proposuit, cujus formulam dat Brisson. *lib. de Formul. Serviana experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur*, *h. §.* Res coloni sunt aut fructus, aut alia in fundum invecta & inlata. Et fructus quidem, qui in prædiis rusticis nascuntur, *tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit*, Pomponius *l. 7. ff. in quib. cauf. pign. tacit. contrah.*: invecta vero & inlata in prædia rustica pignori esse non creduntur, nisi id nominatim convenerit, *l. 4. eod.*. At in urbana prædia inducta & inlata

lata tacito pignore obstringuntur, *d. l.* 4. Discrimen hoc ab Alexandro Imp. sublatum putarunt nonnulli ob textum in *l.* 5. *C. de locat.*, ubi *certi juris esse* dicitur, *ea, quæ VOLUNTATE DOMINORUM coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri; quando autem domus locatur, non esse necessariam in rebus inductis vel allatis scientiam domini*: quibus verbis id unum esse reliquum inter colonum, & inquilinum discrimen probant; quod per colonum inducta sola domini scientia, & simplici ejus consensu obligentur, inducta vero per inquilinum domino etiam inscio. Hanc opinionem recentiores interpretes rident, ex eisque alii *voluntatem*, ac *scientiam* pro expressa conventione de rebus inlatis pro mercede obligandis accipiunt, alii, quibus prævit Duarenus ad *l.* 4. *de pactis*, ita Imperatoris verba interpungunt, *quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint pignoris jure, dominis prædiorum teneri*, quæ vero continuo sequuntur verba sic explicant, quando domus locatur, tantum abesse, ut expressa conventione opus sit, ut ne scientia quidem sit necessaria: ad quem modum dixisse Virgilium 10. *Æneid.* 5. ex Servio monet Duarenus - - - *Juguloque haud inscius accipit ensem*: alii demum, inter quos est Connanus 4. *Comm.* 16., & Donel. 4. *de pign.*, ajunt, Imperatoris sententiam hanc esse, fundo ea lege locato, ut ceteræ res a colono inferrentur, censeri eas pacto obligatas, quasi videatur id voluisse dominus, ut illæ pignori essent. At omnium proxime ad Alexandri mentem accessisse videtur mihi Forcatulus Necyom. *Dial.* 17. *n.* 3., ubi scribit *voluntatem dominorum* non esse voluntatem eorum, qui prædiorum sunt domini, sed jussam eorum, quos coloni servi dominos habent. Hic est igitur sensus Imperatoris, si servus fundi conductor bona domini sui in fundum importet, eaque nominatim pro pensione obliget, tum demum pignoris jure teneri, quum dominus consenserit *l.* 2. *C. de furt.*, *& tot. tit. si alien. res pign. dat.* Hinc etiam intellectu facile est, quod addit Alexander, quando domus locatur, non esse necessariam in rebus inductis vel inlatis *scientiam* domini, quia domo a servo conducta tantum abest, ut domini voluntate sit opus, ut nec scientia requiratur, ne factum servi fraudi sit locatori: neque ulla sit servi & rerum invectarum domino injuria, qui sua diligentius curare debuit; maxime quod viderit is, servum suum in conducta domo per annum habitare, sicque patientia pro consensu habetur, *l.* 1. *§. scientiam, de trib. act.* Hanc Forcatuli explicationem eo argumento confirmari posse autumo, quod si τὸ *dominorum* ad fundi dominos referretur, abundarent certe ea, quæ mox addit Imperator, *dominis prædiorum*. Sed recte tamen ea apposuit Alexander, quo pateret, hos esse dominos *prædiorum*, illos *colonorum* dominos. Ejus discriminis rationem repetit Cujacius ex moribus Populi Romani, qui sic ferebant, ut inquilini invecta & inlata, coloni fructus pro pensione pignori obligarent; unde illud Africani *l.* 61. § 8. *de furt.*, *Locavi tibi fundum, & (UT ADSOLET) convenit, ut fructus ob mercedem pignori mihi essent*; sensim vero mos abiit in legem, & in fructibus pro rusticis, in invectis & inlatis pro urbanis prædiis tacita hypotheca introducta est. Ac jus illud moribus introductum innuere videtur Neratius *d l.4.ex quib.caus.* ubi sic loquitur, *EO JURE UTIMUR, ut quæ in prædia urbana inducta, inlata sunt, pignori esse credantur, in rusticis prædiis CONTRA OBSERVATUR*. Ejus autem moris ratio hæc fuit, quod in rusticis prædiis satis domino per fructus consuleretur; at vero in urbanis dominus, nisi invecta inlata pignori essent, vix

 tutus

tutus videretur. Quod si ita placuit, ut certæ res a colono in fundum inve-ctæ pignori essent pro mercede, eas persequitur Serviana, sive ab ipso debitore, sive ab alio possideantur: quod proprium est actionis in rem. Dixi, *a colono*, nam vix est, ut consistere possit communis prope interpretum opinio, pro rebus etiam inquilini Servianam actionem a Prætore datam, quum eadem coloni, & inquilini sit ratio: Tribonianus *coloni* tantum meminit *h.* §., & certe Servius *colonum* dumtaxat Edicto expressit: quumque eam actionem contra civile jus indulserit, non est ferendum, ut ad bona etiam inquilini producatur. Atque hanc fuisse Prætoris Servii mentem ex eo liquet, quod, quum de colono solo edixisse Servium viderent, quo Prætoris beneficium pateret latius, eum sequuti (*f*) Prætores quasi Servianam ad Servianæ actionis exemplum introduxerunt, qua creditores omnes pignora omnia, & hypothecas persequuntur. Hæc & communi hypothecariæ actionis nomine vocatur, *h.* §., & utilis Serviana dicitur, *l. 1. pr.*, *&* §. *2. de pign.*, *& l. 1. C. de precar.* Sed longe ab hac distat pignoratitia actio, de qua *lib. 3. ad* §. *ult. quib. mod. re contr. obl.*, pignoratitia enim ex contractu est, ac proinde in personam, daturque debitori in creditorem; hypothecaria vero in rem est, quippe quæ ex pignore nascitur, quod jus in re est, & creditori competit in debitorem, etsi quandoque Jurisconsulti hypothecariam per catachresin pignoratitiam dicant, *l. 9. in fin. quib. mod. pign. solv.*, *l. rem alienam 41. de pign. act.*, *l. 3.* §. *3. ad exhib.*; *l. 13. de condict. indeb.*, *l. duobus 19. de exc. rei jud.* Jam subdit Tribonianus, inter pignus & hypothecam, *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, nihil interesse, nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Recte ait, *quantum ad actionem hypothecariam*, quo etiam sensu intelligendum illud Marciani *l. 5.* §. *1. de pign.*, *Inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt*, idque non obscure prodit ipsa legis epigraphe, *Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*, ut non sit opus Marcianum hoc nomine accusare, quod facere videtur Gothofredus ad *d. l. 5.* Quum de hypothecaria agitur, qualis qualis res sit, sive mobilis, sive res soli, sive tradita, sive etiam nulla traditione obligata, & pignus dicitur, & hypotheca, nam æque hæc actio pignus persequitur, & hypothecam. Ceterum in aliis non tantum sono, sed & re hypothecam & pignus distare, ait Tribonianus, *nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus*. Ad eandem sententiam Cajus *l. 238.* §. *2. de V. S.*, *Pignus appellatum a pugno*, (*g*) *quia res, quæ pignori dantur, manu*

(f) *Id videtur posse non obscure colligi ex hoc ipso* §., *ubi Trib.*, Item Serviana, & quasi Serviana ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt: *quæ verba perperam interpretatur Vinnius hoc sensu, fuisse quasi Servianam ad Edicti exemplum a Prudentibus institutam, eaque ratione inter Prætorias haberi. Nam & videtur Tribonianus eodem prorsus modo utramque actionem ad Edictum referre, & præterea constat, nunquam fuisse Prudentibus datum actiones instituere: qua de re dictum alibi.*

(g) *Quam inepti sunt, Deus bone, in vocum originationibus Romani* Ju-

manu traduntur, unde etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Hinc *pignus depositum* apud *Paul. 2. sent. 5. pr.*, & *posita pignora* apud Juven. *sat. 9.* Ceterum Latini quandoque pignori opponere res etiam soli dixerunt, & ipsi etiam Jurisconsulti. Brisson. *de V. S.* Illud falsum est, quod Vinnius hic scribit, veteres *fiduciæ* verbo usos pro *hypotheca*; longe enim aliud ab hypotheca fiduciam fuisse, compertum est iis, qui Romanas antiquitates vel leviter attigerunt. V. quæ de fiducia diximus ad §. *ult. quib. mod. re contr. obl.*

§. VIII. Actiones in rem Prætorias excipiunt Prætoriæ in personam, quæ aut rei persequutoriæ sunt, aut pœnales. De his inferius agendum. Illæ complures sunt, quæ in libris juris occurrunt. Tres tantum exempli gratia proponit hic Tribonianus, unam de constituta pecunia, alteram de peculio, tertiam in factum de jurejurando.

§. IX. Constituere Latinis est confirmare, unde pecunia constituta est pecunia, quæ jam debebatur, iterum promissa, & *Constitutum* Jurisconsultis dicitur conventio, qua quis quod aut ipse, aut etiam alius jam debet, soluturum se sine stipulatione promittit, *h. §.* Dixi, *sine stipulatione*, nam stipulatione interposita præsto est civilis actio ex stipulatu. Ex ea autem conventione utpote nuda nulla erat civilis actio, qua de re dictum ad *tit. de oblig. lib. 3. pr.* Prætor autem, qui naturali æquitate movetur, unde plerumque ab ea Edicta sua commendat, *constituta ex consensu facta custodit, proposita actione de constituta pecunia, quoniam grave est fidem fallere*, *l. 1. pr. de const. pec.* At enim nuda pacta non civili modo, sed Prætorio etiam jure actionem non pariunt, sed ea Prætor exceptione solatuetur, *l. 7. §. quinimo, de pact.*, *l. 8. de præscript. verb.*, *l. 10. & 21. ff. de pact.*, *l. 3. & ult. ff. de rer. perm.* Ita vero generaliter scriptum est: sed nonnulla tamen pacta excepit Prætor, ex quibus ob peculiares caussas actionem dedit. Eam dedit ex hypotheca, quum quia semper hypotheca alteri obligationi accedit, *l. 5. ff. de pign.*, tum quoniam contrahentium, atque adeo commerciorum utilitas exposcit, ut debitores ex pacto nudo obligentur, quod fuse exsequitur Ant. Fab. *in Ration. ad l. 1. h. t.* Dedit quoque actionem ex constituta pecunia, quia non constituitur nisi jam debitum, *l. 1. §. 1. & passim h. t.*, ut grave sit, fidem fallere, ubi jam res debebatur. Non obstat, quod debitum sub conditione constitui possit, *l. 19. h. t.*, quum tamen quod sub conditione debetur, nullo modo deberi videatur, quia nisi conditio exstiterit, nec venisse dies, neque cessisse dicitur, qua de re ad §. 4. *de V. O.* Non, inquam obstat, nam spes est debitum iri, quæ spes facit, ut, quibus sub conditione debetur, ii pendente conditione recte creditores dicantur, *l. 10. & 54. de V. S.* Atque hanc solam spem creditoris constitutum confirmat, ita ut deficien-

---

Jurisconsulti! Quod de pignore dicitur, *bene Salmasius de mod. usur.* rei id proprie mobilis esse, ex etymo falso & inepto adstruitur: absurdum id quippe est, pignus a pugno deducere, quum pugnus clausam manum significet. Unde & pugnus pro ictu, id est, πύγμη, qui clausa manu incutitur. Inde & pugiles appellati. *Pugnus est a pago, hoc est, pango, figo; pignus enim est, quo quis se pagit, id est, obligat alteri ad fidem servandam. Mathias Martinius in Lexic. Vossius in Etymol. Menag. Amœnit. jur. 39.*

ficiente conditione utraque actio ei depereat, etiamsi sub conditione debitum pure aut certo die constituatur, nam semper eadem conditione suspensum intelligitur, *d. l.* 19. Sed non est opus, ut debitum ex caussa civili sit, debitum enim vel natura sufficit, *d. l.* 1. §. 7., neque etiam est opus, ut creditori constituatur, nam *quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur*, *l.* 5. §. 2., modo id fiat ex voluntate veri creditoris, ut bene Ant. Faber post Accursium & Bartolum hunc locum accepit. Neque est opus, ut debitor ipse constituat, quum possit pro eo etiam alius, qui proinde accedere ad fidejussorem videtur; unde ad exemplum fidejussoris debitore ipso liberato reus etiam constitutæ pecuniæ liberatur, *l. in omnibus* 43. *de solut.*, & præterea in hac constituti specie Divi Hadriani Epistola de periculo inter mandatores, & fidejussores dividendo locum habet, *æquitatis enim ratio* (*h*) *diversas species actionis excludere nullo modo debet*, ut Justinianus loquitur in *l. ult. C. h. t.*: quam sententiam desumsisse videtur Justinianus ex Papiniano in *l. si fidejussores* 7. *ff. de fidejus. & nominat. tut.* (*i*) Idemque de beneficio excussionis scriptum est *Nov.* 4. *c.* 1. Quibus constitutum, & fidejussio non conveniunt, ea ex hujus §. commentario, & commentario tituli *de fidejuss.* facile peti possunt. Denique non est opus, ut eo prorsus modo constituatur pecunia, quo debebatur, nam & citeriore die, & alio etiam loco se quis soluturum recte constituit, *l.* 4. & 5. *h. t.* Quid si is, qui pure debet, sub conditione constituat? *In hunc utilem actionem esse*, inquit Pomponius apud Paulum *d. l.* 19. §. 1. Utilem actionem Accursius, & Gothofredus ad *d.* §. 1., & Vinnius ad *h. l.* interpretantur actionem efficacem, cui contraria sit actio inefficax & inutilis. At vero Faber in *Ration.* interpretatur utilem Prætoriam, cui contraria sit Prætoria directa, habent enim Prætoriæ actiones directæ suas utiles excepta ad exhibendum actione, quæ perpetuo directa est, *l. quum servus* 16. *ff. ad exhib.*; sicque is Pomponii verba exponit. Præter Edictum est, ut pure debitum sub conditione constituatur, constitutum enim utilitatem aliquam habere debet, quum propter eas pecunias inducta sint constituta, quæ nondum peti possunt, ut Labeo ait apud Ulpianum *l.* 3. §. *ult. h. t.*. At quid habet utilitatis sub conditione constituere, quod pure debetur? Hinc fit, ut hujusmodi constitutum directam actionem habeat nullam; nihilo tamen minus, quoniam voluit Prætor Edicto generali de pactis voluntates paciscentium, quæ contra jus non essent, servari, *l.* 1. & 7. §. *juris gentium*, *de pact.*; ex eo etiam constituto utilem actionem ex æquitate accommodavit. Utilitas autem

(h) *Petrus Burgius Elector.* 6. *sic ea verba restituit*, æquitatis enim rationem diversa species actionis excludere non debet, *mendumque librariorum vitio ortum putavit. Eum in hanc suspicionem adduxit Papiniani locus in l.* 7. *ff. de fidejuss. & nominat. tut., unde eam sententiam mutuatus est Justinianus.*

(i) *Occurrunt quandoque in Edictalibus Imperatorum legibus sententiæ ex Prudentum scriptis petitæ: sæpe etiam occurrunt in eorum rescriptis, consueverunt enim Romani non modo defunctorum, sed & viventium Jurisconsultorum responsa libellis ad auctoritatem inserere, eaque Imperatores rescribendo laudare: quod ex l. utere* 14. *ff. de præd. min., & l.* 5. *Cod. ad exhib. ostendit Burgius ibid.*

tum in eo sita est, quod publice intersit, pacta hominum custodiri. Hæc Faber. Jam constituto ita concepto, non vetatur interim creditor pure debitum petere, non novata per conditionale constitutum priore obligatione pura, quum non fiat constituto utpote nudo pacto obligationis novatio: de quo late Faber ad *l.* 18. §. *ult. h. t.* Placuit, quoniam quid Constitutum sit, fuse est traditum, in hunc locum conferre, quod Tribonianus ait §. *antec.*, actioni de constituta pecunia similem videri recepticiam, quæ tandem veluti supervacua Justinianæis leg.bus recedere jussa est. Recepticia actio certe est a verbo *recipere*, quod Latine interdum sonat *promittere*. Asconius Pædianus; *Recipitur pecunia, idest, promittitur, quum pro judicato respondetur*. Hinc *Receptores* dicti, qui sponsores erant Reip., vel Principi pro iis, qui publicam pecuniam dispensabant. Budæ. 1. *in Pand.* 30. Salmas. *de mod. usur.* 16., & verbum illud juris *ex recepto*, idem est atque *ex compromisso*. V. Brisson. *de V. S.* Erat hæc actio constituticiæ actioni similis: alteram autem ab altera eo differre scripsit Theophilus, quod constituti actio πλατύνεται μὲν τοῖς προσώποις, στενοῦται δὲ τοῖς πράγμασι, *personis latior, rebus arctior*; at vero recepticia actio στενοῦται μὲν τοῖς προσώποις, πλατύνεται δὲ τοῖς πράγμασι, *personis arctior, rebus latior* esset. Recipiebant trapezitæ, constituebant alii. At quid est illud, quod habet Consultus *l. 6. de edend.*, *Sed & quod solvi constituit argentarius, edere debet*. Verosimilis est conjectura Salmasii *loc. cit.*, Tribonianum, recepticia actione in constituticiam transfusa, pro *recepit* scripsisse *constituit*. Constituebantur ea tantum, quæ numero, pondere, mensura constabant: recipiebantur autem mobilia omnia & immobilia, quum enim essent Romæ argentarii publicæ (*k*) fidei sequestres, invaluit, ut apud eos cujusque generis res deponerentur, ut bene Salmasius *ibidem*. Recipiebantur etiam indebita; at constitui nonnisi jam debita poterant. Præterea recepticia actio civilis erat, &, ut Justinianus loquitur *l. 2. C. h. t.*, *solennibus verbis composita*; constituticia autem Prætoria. Tandem quod plus erat in recepticia, Justinianus in constituticiam conjecit, sicque recepticiam abolevit. Illud tantum in constituticia retinuit, ut nonnisi jam debita constituerentur, *d. l. 2.*

§. X. Secunda Prætoria in personam actio est de peculio filiorum, servorumque adversus patrem & dominum: de qua tamen agendum suo loco ad *tit. seq.*

§. XI. Tertia est actio in factum ex jurejurando. Jure civili eadem jurisjurandi vis, ac pacti nudi, *l.* 35. §. 1. *de jurejur.*; hinc quemadmodum nulla ex pacto civilis actio, nisi pactum lege confirmaretur, ut dictum ad tit.

(k) *In loco publico pecuniam consignatam deponere dicebantur olim non ii modo, qui in loco sacro deponebant, cujus moris meminit Plautus in Bacchid. act. 2. sc. 3. v. 72.*, & Ulp. *l.* 1. §. 24. & 25. *ff. depos.*, *quo etiam spectant formulæ illæ eodem redeuntes*, in æde, in fano, apud æditum, & apud Pontificem deponere; *sed & qui custodiæ caussa deponebant apud mensas numulariorum: hos enim fidem publicam sequi, ait Ulp. l. 24. §. 2. de bon. auct. jud. poss.: atque huc refert Ræuardus 1. Var. 15., quod apud Papinianum l. 56. §. 1. ff. mand., & apud Hermogenianum l. 64. de fidejus. scriptum est, fidejussorem pecuniam in loco publico obsignatam deposuisse.*

tit. *de Obl.*, sic nulla erat ex juramento prodita, nisi juramentum lege ratum haberetur, cujusmodi erat jusjurandum, quo libertus patrono operas, donum, munus promittebat, qua de re ad tit. *de V. O. pr.* Sed ne cui mirum videatur, quod Romanæ leges stipulationibus, quæ profanæ sponsiones erant, vim sane magnam tribuerint, nullam vero actionem dederint ex juramentis, quæ Deos habebant testes. Nam ipsa Romanorum religio, quæ tanta fuit, quanta nusquam alibi fuisse perhibetur, actionem ex jurejurando vetuit, ne juramentorum sanctitas consuetudine ipsa vilesceret, maxime quum experimento compertum sit, eos, qui facile jurant, facile pejerare. Est hæc actio in personam, utpote quæ ex conventione proficiscitur, unde Ulpianus, *Si servus meus*, inquit *l. 25. de jurejur.*, *delato, vel relato ei jurejurando, juravit, puto dandam mihi actionem propter religionem, & conventionem*, & Paulus *l. 26.* omni modo custodiri debere ait jusjurandum adversus eum, *qui contentus eo, dum deferret, fuit*, & sane *qui adversario jusjurandum defert, eum de caussa sua judicem facit*, Ulp. *l. 1. ff. quor. rer. except. non det.*: quod etiam tradit Aristoteles *lib. Rhet. ad Theodect. 1.*, videturque sic cum eo pacisci, se quod juratum fuerit, ratum habiturum. In personam quoque hæc actio est, quum actor in rem agit, nam delato, aut relato in hac quoque caussa juramento, is, qui juravit, id unum urget, se adversario deferente jurasse, idque unum judici videndum remanet, num re vera fuerit juratum. Aperte etiam id tradit *d. l. 25.* Ulpianus, ubi jurante servo eandem domino actionem dari, ait, sive juraverit servus, rem domino *dari oportere*, quæ formula est actionis in personam, sive juraverit, *rem domini esse*, quæ formula est actionis in rem eandem ob caussam, puta, *propter religionem, & conventionem*. Non obscure idem docet Ulpianus *l. 11. §. 1. h. t.*, ubi ait, petitori, qui rem suam esse juravit, *actionem in factum* dari: qualis actio certe in personam est. At ex quonam proprie juramento datur hæc actio? Facile erit id definire, si quid prius de vario jurisjurandi genere paullo accuratius edisseratur. Tria esse juramentorum genera, voluntarium, judiciale, necessarium, ostendit Digestorum Caput *de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali*: at Cajus tamen *l. 1. eod.* duo tantum juramenta meminit, voluntarium, & judiciale; tertium omittit; neque ullus sub eo Capite locus est, unde, quid necessarium juramentum sit, aperte, quantum oporteret, colligas. Hinc alii Tribonianum in concipiendo titulo accusant, quum quia si præter voluntarium & judiciale tertia quoque esset juramenti species, eam certe expressisset Cajus; tum quoniam in libris juris nusquam est ejus mentio: alii de necessario illo jurejurando diversa, atque adeo contraria statuunt. Accedit illud, quod necessarii jurisjurandi ignoratio judiciale quoque obscurum faciat. Ego quid de tota hac caussa Græci senserint, & Latini, quam brevissime exponam. De voluntario juramento constant quidem illi inter se, illudque definiunt, quod ex conventione litigatorum extra judicium defertur. Et plane falsi sunt Wesembecius ad *h. t. num. 7.*, & A. Matthæus *disp. de judic. 10. th. 6.*, ubi ajunt, voluntarium juramentum Græcis esse, quod in judicio alter alteri defert. Græcorum sententiam aperit Græcus interpres Stephanus ad *l. 1. h. t.* Ὅρκος δὲ βολουντάριός ἐστιν ὃς ἔξω δικαστηρίου καὶ ἐκ προσομολογίας ἐπιφέρουσιν ἀλλήλοις οἱ λιτιγάτορες. *Voluntarium jusjurandum est, quod extra judicium & ex conventione sibi mutuo deferunt litigatores.* De judiciali & necessario non idem

visum

visum Græcis, quod Latinis. Græci Stephano teste necessarium dicunt, quod alter alteri in judicio defert judice suscipiendi, aut referendi juramenti necessitatem imponente; judiciale vero, quod judex ipse sua sponte defert. Contra Latinorum plerique hoc necessarium, illud judiciale dixerunt. Sed ex Latinis tamen non desunt, qui communem hanc opinionem minus probent. Jacobus Cujacius in *Parat. ad h. t.* scribit, necessarium juramentum esse, quod ab eo, cui delatum est, deferenti refertur, ait enim Justinianus *l. generaliter*, §. *juramento*, *C. de reb. cred.*, *necessitatem ei imponi*, *cui jure refertur*, nisi velit caussa cadere, *relationis sacramentum subire*, quum referri rursus non possit, quia *non debet displicere conditio jurisjurandi ei*, *qui detulit*, *l.* 34. §. 8. *h. t.* Cujacio subscripsisse videntur A. Matthæus *d. disp.* 10. *th.* 7., Wiienbachius, & Huber ad *h. t.*, hic *n.* 7., ille 22. Verum A. Faber communem Latinorum opinionem sequutus ad *l.* 1. *h. t.* inquit, non minus judiciale dici posse juramentum, quum refertur, quam quum defertur, utrumque enim fit ex judicis auctoritate, nec aliud esse juramentum delatum, quam relatum, licet ab alio præstetur, ut nec pila repercussa alia est ab ea, quæ ab alio prius percussa fuit, quo fit, ut tale sit referendum, quale fuit initio delatum, nisi aliud personarum, aut rerum diversitas exposcat, *l.* 34. §. *non semper*, *h. t.* Ego de hac re diu solicitus tandem satius duxi in communi Latinorum sententia consistere, quæ tamen est aliquanto diligentius enarranda. Ajo igitur, non duas, ut vulgo putant, sed tres juramentorum species lege prima *h. t.* comprehendi, ut frustra sint, qui Tribonianum accusant. Inquit Cajus *dict. l.* 1. *jurisjurandi religione controversias decidi*, *vel ex pactione ipsorum litigatorum*, *vel ex auctoritate judicis*. Verba *ex pactione litigatorum* jusjurandum voluntarium: verba, *ex auctoritate judicis*, & judiciale & necessarium comprehendunt, quia ad utrumque auctoritate judicis est opus, eo discrimine, quod judiciale ex voluntate litigatorum initium capiat, auctoritate tamen judicis confirmetur, cujus est videre, num rite & recte deferatur, ac præstetur juxta expressa in *l.* 3. §. *ult.*; *l.* 4. & 5., *l.* 17. §. 1., *l.* 33. *h. t.*; necessarium vero litigatoribus etiam invitis sola judicis auctoritate imponatur. Illud, quia voluntarium est, sed adprobante judice defertur, judiciale dicitur, ut a simplici voluntario distinguatur, quod ex sola partium conventione proficiscitur, & sine judicis opera negotium transigit, unde *negotium inter ipsos* litigatores *jurejurando transactum* dicitur, *l.* 31. *h. t.*; hoc, quia judicis officio defertur; & ab altero ex litigatoribus suscipiendum necessario est, necessarium appellatur, atque de hoc jurisjurandi genere accipiendus Caji locus *l. admonendi* 31. *h. t.*, *solent enim sæpe judices in dubiis caussis exacto jurejurando secundum eum judicare*, *qui juraverit*, ubi *dubia caussa* ea est, in qua pares utrinque probationes adferuntur, ut jure dubitet judex, in utram partem propendeat: quo sensu *caussam dubiam* dixit Cicero *Orat. pro Ligar.*, *quæstionem dubiam* Modestinus *l.* 10. *de jur. fisc.*, & *cœnam dubiam* Terentius *in Phorm. act.* 2. *sc.* 2. *v.* 28. His ita statutis haud difficile est definire, ex quo jurisjurandi genere actionem Prætor indulserit. Certe eam indulsit ex juramento voluntario: qua de re non est qui dubitet; imo contendit Donellus, de hoc tantum jurisjurandi genere hoc loco agi per Tribonianum ea ratione, quia ubi juramentum in judicio præstatur, totum negotium sententia judicis transigitur, qui *solet secundum eum judicare*, *qui* jura-

juraverit, *l.* 31. & 34. §. *ult. h. t.*, ut proinde actione potius judicati agendum sit. Verum labi Donellum, & ex judiciali quoque juramento actionem in factum dari, luculenter confirmant Impp. Diocletianus, & Maximianus *l.* 8. *Cod. h. t.*, ubi, *Actori, delato vel relato jurejurando, si juraverit, vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem judicati in factum actio competit*. Tractari hoc loco de jurejurando judiciali, illud arguit, quod *delati*, vel *relati* jurisjurandi fit mentio, & præterea diserte scriptum est, præter actionem judicati, actionem quoque in factum competere. Accedit aliud argumentum plane maximum. Actio ex jurejurando in personam est; igitur quum non sit ex maleficio vel quasi maleficio; ex contractu vel quasi contractu est, nempe ex partium conventione. Hæc autem conventio non in voluntario tantum, sed & in judiciali juramento apparet. Nam qui juramentum in judicio defert, facit id sciens, posse adversarium facere alterutrum, aut juramentum præstare, aut referre, sicque is in utrumque eventum consentit. Is etiam, cui juramentum defertur, quoniam libere potest vel jurare, vel jusjurandum referre, sive juret, sive referat, sponte sua jurat, sponte sua refert, sicque ab alterutro juramentum præstetur, semper erit ex partium conventione. Quod vero ad judiciale juramentum æque ac ad necessarium judicis auctoritate sit opus, id non facit, ne illud ex conventione proficiscatur, nam judiciale, ut jam dictum, defert sponte sua unus ex litigatoribus, tum, ut rite delatum dicatur, judicis auctoritas accedit. Hæc omnia confirmat non obscure Tribonianus *h.* §., ubi, *Item*, ait, *si quis* POSTULANTE ADVERSARIO *juraverit*. At utrumque juramentum voluntarium, & judiciale *postulante adversario* præstatur. Necessarium dumtaxat præstatur *postulante judice*; quare ex hoc certe actio in factum non competit. Jam hac actione non illud quæritur, num verum sit, quod est juratum nec ne, sed illud tantummodo, an re vera juratum sit, unde *in factum* actio appellatur; ipsa enim reorum conventio facit, ut factum hoc ipsum probationis loco sit *l.* 5. §. *dato*, *ff. eod.* Romæ nunquam fuit de cujusquam perjurio quæsitum: tanta fuit Romanorum religio. *Adversus exceptionem jurisjurandi*, ait Julianus *l.* 15. *de except.*, *replicatio doli mali non debet dari; quum Prætor id agere debet, ne de jurejurando cujusquam quæratur*: ad quem tamen locum v. Zasium. Romanorum in servanda juramentorum fide sanctitatem contra Græcorum fidem jam proverbio insignem laudat Polibius 6. *de Rep.*

§. XII. Pœnales quoque actiones bene multas proposuit Prætor Edicto suo, quarum tres exempli loco meminit hic Tribonianus. Prima est actio albi corrupti, de qua ita Ulpianus *l.* 7. *de jurisd.*, *Si quis id, quod jurisdictionis perpetuæ caussa, non quidem prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quincentorum aureorum judicium, quod populare est*. Ait, *quod jurisdictionis perpetuæ caussa*. Perpetua jurisdictio est Edictum perpetuum, quod omnes caussas, & universum Prætoris imperium comprehendit; eique opponit Ulpianus id, quod, prout res incidit, propositum erit, hoc est, Edictum singulare ac temporarium tempori & caussæ, de qua agitur, accommodatum, quale erat Edictum, quo Prætor aliquem evocabat, ut se præsentem sisteret, *l. contumaciæ de re jud.* Ait, *vel in charta*, *vel in alia materia*. Hæc verba ex antiquo glossemate esse censet Cujacius 21. *Obs.* 24. Sed ea tamen Ulpiani esse ostendit locus Pauli 1. *sent.* 13. *l.*,

qui

qui album raserit, sustulerit, corruperit, mutaverit, quidve aliud propositum edicendi caussa, ubi τὸ *quidve aliud* ea certe spectat, quæ extra album in charta vel membranis a Prætore proponebantur. Ait, *quincentorum aureorum judicium*. Ita Florentinus Codex. Male alibi *quinquaginta*. Anne enim Prætores tam levem pœnam in Edictorum suorum corruptores statuissent? Magnum quidem facinus Album corrumpere, nam perinde est, ac majestatem Prætoris contemnere, remque publicam lædere, cui perpetuis Edictis consulitur. Hinc albi corrupti judicium populare *d. l. 1.*, quasi cujusque de populo interfit, albi corruptorem puniri. Hinc etiam multa in hoc judicio severius, quam in aliis, statuta. Si familia alicujus furtum, aut damnum, aut injuriam fecit, liberatur dominus, si tantum præstet, quantum liber unus præstaret; at si familia album corruperit, non similiter hic edicitur, ut in furto, ne in reliquos actio detur, sed tenetur dominus pro quolibet servo quincentos aureos præstare, quum quia hic plura facta intelliguntur, tum quoniam *contemta majestas Prætoris vindicatur*, *l. 9. de jurisd.* Pœnalem quoque actionem Prætor in eum dedit, qui sine venia patronum vel parentem in jus vocasset. Ait Prætor, *Parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronæ in jus sine permissu meo ne quis vocet*, *l. 4. §. 1. de in jus voc.* Parentem hic utriusque sexus accipe. Sed an in infinitum, veteres quæsiere. Quidam parentem usque ad tritavum appellari ajebant: superiores majores dici: atque hoc veteres existimasse Pomponius refert. Sed Cajus Cassius omnes in infinitum parentes dixit: quod & honestius esse, & merito obtinuisse, scribit Ulp. *d. l. 4. §. 1.* Liberi, quos sine permissu suo vocare in jus parentem vetat Prætor, sunt liberi emancipati, quod recte monet Theophilus, in potestate enim constituti liberi habere litem cum patre non possunt, *l. lis nulla, ff. de jud.*, *l. ult. C. de in jus voc.* In eum, qui adversus ea fecisset, quinquaginta aureorum judicium Prætor dedit, quod nec heredi, nec in heredem, nec ultra annum dabatur, *l. 24. eod.*; inops autem a Præfecto Urbi quasi inofficiosus castigatur, *l. ult. eod.* Hujus Edicti eam fuisse caussam vulgo putant, quod veteri Romanorum more actor reum manu collo injecta raperet in jus: quem morem late sum persequutus initio hujus tituli. Haud vero ferendum Prætor duxit, ut liberti, ac liberi vim inferrent patronis, ac parentibus, ceterisque, quibus reverentia præstanda est. Verum ab hac communi opinione recessit post Vandum *lib. 2. quæst. 26.*, & Bachovium *ad tit. ff. de in jus voc.*, & quosdam alios Vinnius ad *hunc §.*, ubi in jus per vim raptos inquit vadimonii desertores, latitantes, lenones, & vilissimos quosque homines, præterea neminem, ut proinde non alia ratio, quam ipsum obsequium patronis ac parentibus debitum Edicto caussam dedisse videatur, quum, etiamsi nihil edixisset Prætor, non licuisset, illis vim fieri. Et quidem vix verisimile est, Romanos, gentem omnium sapientissimam, gravissimamque vim turpem honoratioribus etiam adhiberi, totque in bene constituta civitate excitari turbas, quot ea vis certe excitasse, pati facile potuisse. Ego vero, quoniam potius veterum testimoniis, quam conjecturis ex ingenio Populi Romani petitis transigenda res est, veterem illam manus injectionem nullo rerum discrimine intelligendam contendo. Primum enim lege 12. Tab. generaliter cautum est, *Manus endo jacito: Manus injectio esto, in jus ducito*. Deinde instituto Græcorum, ex quibus mos ille ad Romanos defluxit, omnibus inferri vis potuit.

tur: Aristoph. *in Nub. act. 3. sc. 3.* Lucian. *in Abdic. Bis accusato, & Hermot.* Denique Romanos equites non sine vi ab adversariis in jus vocatos tradere videtur Suetonius *in Aug. c. 38.*, his verbis, *Equitum turmas frequenter recognovit, post longam intercapedinem reducto more transvectionis. Sed neque detrahi quemquam in transvehendo ab accusatore passus est: quod fieri solebat.* Et Urgulaniam, quam supra leges amicitia Augustæ extulerat, ut Tacitus loquitur 2. *Annal.* 34., a Calpurnio Pisone feroci viro spreta potentia Augustæ *in jus tractam*, Tacitus scribit 4. *Annal.* 31. Nec durum videri potest, honestos & nobiles viros in jus rapi potuisse, nam & poterant, si vim pati nollent, adversarios suos sequi, vel satisdare, & forte sic inter honoratiores plerumque actum, ut fere numquam vim facere oportuerit. Cœterum antiquorum Romanorum ingenium ferox fuit: qui vero illorum mores ex humanitate recentiorum temporum æstimant, eos abunde refellit Decemviralium legum adsperitas. Opponunt adversarii multa Pandectarum & Codicis loca, ut *l. 5. de judic.*, *l. 11. 16. 18. 21. de in jus voc.*, *l. 2. §. 1. si quis in jus voc. non ier.*, *l. 9. C. de bon. auct. jud. poss.*, & alia, quibus illud confici videtur posse, non privata actoris auctoritate, & per vim, sed jussu, & auctoritate Prætoris vocatos olim in jus reos. Interpretantur quidem in alium sensum ea loca clarissimi viri communis sententiæ vindices; sed ingenue fateor, nonnulla duriuscule exponi. Præstat igitur sic totam hanc caussam definire. Principio actor privata vi, quam tamen ferebant leges, reum rapiebat in jus: stetitque mos hic Romæ, quousque stetit Respublica, attigitque etiam Imperium: quo tandem obfirmato cœpit paullatim languere, nihil enim Monarchiæ magis inimicum, quam privata vis, & quidquid privatam vim præfert. Sub Trajano eum morem nondum defecisse, patet testimonio Plinii in *Panegyr. c. 36.* In Pandectis tamen, quibus responsa Jurisconsultorum continentur, qui post Trajanum floruere, nullum ejus vestigium occurrit; sed, ubi de vocatione in jus agitur, fere semper jussus, auctoritatis, ac præcepti Magistratus fit mentio; unde verisimile est, jure Pandectarum reos jussu Prætoris, non per vim, ad Tribunal vocatos; sicque juris loca ad contrariam opinionem adstruendam adlata nihil obstant. Illud exploratissimum est, antiquam in jus vocandi consuetudinem translato in Orientem Imperio prorsus cecidisse, reosque per exequutores in jus vocatos sub Constantino: quod ejus temporis leges luculentissime confirmant. Nunc ad Edictum Prætoris. Ei hæc potissima ratio caussam dedit, obsequium patronis ac parentibus debitum: atque hanc rationem probare videtur locus Modestini *l. 13. de in jus voc.*, *Generaliter eas personas, quibus REVERENTIA præstanda est, sine jussu Prætoris in jus vocare non possumus*: maxime quum in ea re adhiberi vis posset. Sed non ea vis potissima Edicti caussa fuit, idemque sane edixisset Prætor, etiamsi vis nulla potuisset inferri, nam sublato veteri more Edictum adhuc stetit. Respexit & illud Prætor, quod ad obsequium patronis ac parentibus debitum apprimis pertinet, quodque etiam potuit Edicto caussam dare, ne famosa actio in patronos, parentesque intenderetur. *Prætor ait*, verba sunt Ulpiani *l. 10. §. 12. eod.*, *in jus sine permissu meo ne quis vocet; permissurus enim est, si famosa actio non sit, vel pudorem non sugillat, qua patronus convenitur, vel parentes.* Hanc actionem proxime sequitur pœnalis actio in eum, qui in jus vocatum vi exemit. Hujus Edicti verba in unum locum conferre neglexit Tribonianus, cæteroqui solitus Edicti verba sub ini-

initium tituli in ff. describere : duo tamen ejus extant in Pandectis fragmenta , alterum in Epigraphe tituli , *Ne quis eum , qui in jus vocabitur , vi eximat* , alterum in §. *ult. l.* 4. *eod.* , *Neve faciat dolo malo , quo magis eximeretur* . Eximendi verbum generale esse ; inquit Pomponius apud Paulum *d. l.* 4. ; *eripere enim est de manibus auferre per raptum : eximere quoque modo auferre : ut puta si quis non rapuerit quem , sed moram fecerit , quo minus in jus veniret , ut actionis dies exiret , vel res tempore amitteretur , videbitur exemisse , quamvis corpus non exemerit . Sed etsi eo loci retinuerit , non abduxit , his verbis tenetur* . Nec solum is , qui ipse per se exemit , hac actione tenetur , sed etiam is , *cujus dolo alius exemit* , *h.* §. , quibus verbis non recte arbitratur Accursius designari Edictum Prætoris *de eo , per quem factum erit , quominus quis in judicio sistat* , quum satis constet ex dictis , pertinere ea ad alteram partem Edicti , *ne quis eum , qui in jus vocabitur* &c. Idque eo etiam inter utrumque Edictum discrimine confirmatur , quod Edicto , *ne quis eum* &c. Prætoris majestas vindicatur , cui facta videtur injuria per eum , qui aut per se , aut per alium exemit in jus , h. e. ad ipsum Prætorem vocatum : Edicto autem *de eo , per quem factum est* &c. injuria vindicatur privato homini facta , hoc est , judici dato , apud quem sistere se olim reus debebat .

§. XIII. Propositam initio tituli actionum divisionem in actiones in rem , & in personam non egrediuntur actiones præjudiciales , de quibus *h.* §. Hæ sunt , quibus de statu agitur , hoc est de libertate , de ingenuitate , ac de familia . De libertate agitur , quum quæstio est , num quis liber sit , an servus : de ingenuitate , quum disceptatur , num quis ingenuus sit , an libertinus : de familia , quum in id inquiritur , num quis alicujus sit filius , nec ne . In judicio de libertate vindiciæ secundum libertatem postulabantur hac , vel simili formula , *Hunc hominem ego liberum esse ajo , ejusque vindicias secundum libertatem mihi dari postulo* ; contra quæ adversarius , *Hunc hominem jure Quiritium meum esse ajo , ejusque vindicias mihi conservari postulo* . Vindiciæ secundum libertatem dabantur lege Decemvirali , hoc est , controversi hominis possessio ad exitum caussæ penes eum erat , qui liberum esse hominem ajebat . Ita apud Livium scriptum est *lib.* 3. *c.* 44. , quum M. Claudius Virginiæ amore ardens clienti negotium dedisset , ut virginem in servitutem adsereret , neque cederet secundum libertatem postulantibus vindicias , advocatos puellæ postulasse , ut *lege ab ipso lata vindicias daret secundum libertatem* . Formula Prætoris erat , *Qui libertatem defendit , ei do vindicias* . Ubi dies cognitionum aderat , ad hunc modum actor de libertate actionem intendebat , *Hunc hominem jure Quiritium liberum esse ajo ; eumque liberali caussa manu adsero* . Occurrit apud veteres Latinos solennis ea phrasis , *liberali caussa manu adserere* , eodem sensu , quo vulgo ajunt , e servitute in libertatem vindicare . Plaut. *Pœnul. act.* 4. *sc. ult. act.* 5. *sc.* 2. *Pers. act.* 1. *sc.* 3. Curcul. *act.* 5. *sc.* 2. Terent. *Adelph. act.* 2. *sc.* 1. Actionem vero de servitute in contrariam sententiam intendebat actor , qui solenni formula *in servitutem adserere* dicebatur . Liv. *ibid.* In quæstione de ingenuitate ajebat actor , *hominem natum liberum* : contra adversarius , *hominem e justa servitute manumissum* . Denique ubi de partu adgnoscendo agebatur , ajebat actor , *mulierem ex hoc , vel illo prægnantem esse* . Has actiones Jurisconsultis *præjudiciales* dictas ajunt , quum quia propositæ faciunt , ne ultra procedatur , antequam fuerit super his pronunciatum , sicque propositæ futurum judicium impediunt , tum quoniam disce-

disceptatæ, ac definitæ primarias quoque caussas tanquam necessarium consectaneum definiunt. Facere huc videtur illud, quod de his actionibus scriptum se reperisse testatur Rævardus t. *de Præjudic.* 12. in antiquissimo incerti auctoris manuscripto libello de verbis juris, *Præjudiciales dicuntur, quia in modum exceptionum opponuntur, & ante primam quæstionem de necessitate terminantur.* Hinc explicandum illud Prætoris apud Ulpianum *l. 1. ff. fam. ercisc.* veteribus plerisque interpretibus non intellectum; *si paret, inter Cajum & Sejum familiam erciscundam: si in ea re præjudicium hereditati non fiat, ex bona fide Servilius erciscat*; hoc est, nisi prius in ea re de hereditate debeat judicium fieri, nam si de ipsa successione quæstio incidat, prius hanc dirimere judex debet, quam familiam erciscere: quam interpretationem adstruit Rævardus *c.* 1. ex his, quæ sequuntur, *Quo fit, ut eo casu ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat, an coheres sit, nisi enim coheres sit, neque adjudicari ei quidquam oportet, nec adversarius ei condemnandus est.* Sic, ut ad rem nostram veniamus, si de operis & obsequio judicium instituatur, isque, qui ea debere dicatur, se ingenuum dicat, hoc videndum prius, num is ingenuus sit, an libertus: quod semel definitum, caussam quoque de operis & obsequio per consequentias definit, *l. ult. ff. si ingenuus esse dicet.* Sed vix est, ut sic explicata ejus nominis ratio constare possit, quum multæ aliæ sint in jure actiones, quæ ea ratione præjudiciales dici deberent, nec tamen præjudiciales dicuntur, *l. 8. §. pen. de inoff., l. 54. de judic., l. 16. 18. & 21. de except., l. 5. §. ult. de her. pet., l. ult. C eod.* Propria igitur ejus nominis ratio hæc forsan est, quia plerumque de statu hominum quæstiones non ad eum finem instituuntur, ut de statu ipso cognoscatur, sed ut inde alia sequatur caussa, aliud judicium: quod attigisse videtur Borcholten ad *h. §. n. 2.* Videri has actiones in rem esse, inquit Tribonianus, nam quasi proprietatis caussam continent. Ajo, *quasi*, nam proprie his actionibus non de dominio, sed de statu hominum agitur: quoniam vero hujusmodi de statu hominum quæstiones caussam proprietatis quodammodo implicitam habent, hinc Tribonianus caute utitur verbo *videntur*, quod minus propriæ loquutionis est nota, etsi quandoque Jurisconsulti modestiæ caussa *videri sibi* dicant, quod vere sentiunt, quodque ita esse vident, sicque verecundo illo verbo maxime adfirmant *l. 31. de jurej.* Hinc judices *videri sibi* ajebant *l. 27. §. 1. de liber. caus., l. 21. §. 1. de recept. qui arbitr.* V. Tacit. 14. *Annal.* 43. Val. Max. *lib. 6. c. 2.* Facit hinc, quod de testibus Cicero scribit *Orat. pro Font.*, *Illud verbum consideratissimum nostræ consuetudinis ARBITROR, quo nos etiam tunc utimur, quum ea dicimus jurati, quæ comperta habemus, quæ ipsi videmus.* Ex præjudicialibus actionibus *fere* unam illam, quæ pro liberali caussa intenditur, legitimam esse, ceteras esse Prætorias, inquit hic Tribonianus. Verum quid illud est, quod sub titulo *de liberali caussa* omnia pene Jurisconsultorum fragmenta ex eorum libris ad Edictum Prætoris petita sint? Contra quid illud est, quod sub titulo *de liberis adgnoscendis* non semel de Senatusconsultis fit mentio? Res ita se habet. Liberalis caussæ judicium est ex lege 12. tab., scribit enim Pomponius *l. 2. §. 24. de O. J.*, vindicias secundum libertatem dictas ex jure in 12. tabulas per Decemviros translato: multa vero ex Edicto Prætoris accessisse, vel ipsæ legum sub titulo *de liberali caussa* inscriptiones ostendunt, quo factum, ut ejus caussæ judicium etsi origine sua civile & legitimum esset, tamen post tantam ex Edicto accessionem vix esse civile, ac legitimum videretur: quo pertinet momentosum illud Triboniani verbum *fere*,

quod

quod minus recte Muretus additum dixit ad ornatum, male Theophilus omisit, temere autem Cujacius verbo *certe* mutavit. E contrario judicium *de partu adgnoscendo* Prætorium est, Senatusconsultis deinde auctum. Judicium vero de ingenuitate certe Prætor instituit, forte illud secernens a liberali judicio, cujus antea quædam pars erat, ut suspicatur Hotomanus. Hinc Edicti perpetui titulus, *Si ingenuus esse dicatur*. Caussæ status *majores Judices* habere debent, inquit Paulus *l. 32. §. 7. de recept. & qui arbitr.*, & *competentes maximos judices* Justinianus *l. ult. C. ubi caus. stat.*, hoc est Prætores Romæ, Præfectos & Præsides in Provinciis *l. 1. 3. 5. C. de ord. cogn.*, *l. 1. C. de Off. Præt.*, *l. Titius 43. de act. emt.*, *l. 1. C. si adv. libert.* Non erat igitur municipalibus Magistratibus, ac pedariis judicibus datum eas caussas attingere, *l. pen. C. ne stat. def.*, *l. 2. C. de ped. judic.*, ut se vix intelligere scribat Fornerius 2. *Select.* 23. illud Juvenalis *sat.* 7. *v.* 115.

Surgis tu pallidus Ajax
Dicturus dubia pro libertate, Bubulco
Judice;

nisi tamen, addit, Attilium Bubulcum innuat, qui cum T. Manlio Torquato Consulatum gessit, quique, quod in subjicienda Romano Imperio Sardinia insula, quæ defecerat ad Pœnos, gravem se ac severum præstiterit, severi judicis oratori terrorem facientis imaginem in ea satyra forsan præfert. At, quoniam nimis longe petita Iorneriana hæc interpretatio videtur, præstat Poetæ locum accipere de judicibus ad eas caussas a Prætore datis: ad quem etiam sensum *judices* de statu cognovisse, in libris juris scriptum est, *l. 7. §. 1. in fin. de hered. pet.*, *l. cognitio*, *§. pen.*, *& l. duobus 31. de liber. caus.* Sic apud Recuperatores de statu actum legimus apud Suetonium *Vesp.* 3., ubi Flaviam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronunciatam, scribit; & Domit. 8., ubi Domitianum ait *Recuperatores, ne se perfusoriis* (l) *adsertionibus accommodarent, identidem monuisse*. Sed non omnes dati judices poterant de statu cognoscere. De statu cognoscebant selecti a Prætore, vel Magistratu judices, & ex Consilio dati, de quo Consilio v. dicta ad §. 4. *quib. ex caus. man. lib.* 1. Et quoniam forte sub Diocletiano recuperatores ex consilio non dabantur, passim omnibus *quasi repente adprehensis*, ut Plinius loquitur *l.* 3. *ep. pen.*, hinc a Diocletiano vetitum in *d. l.* 2. *C. de ped. judic.* suspicatur Janus a Costa ad *h.* §., caussas status per datos judices dijudicari.

§. XIV. & XV. Satis hucusque actum de prima actionum divisione: nunc de illarum formulis ac nominibus. Certum esse, inquit Tribonianus §. 14., non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, *Si paret, eum dare oportere*; in jure enim *dare* proprie est dominium transferre: qua de re dictum ad §. 2. *de inut. stip.*, etsi Latini, & vel ipsi quandoque Jurisconsulti *dare* pro *tradere* usurpariut, unde *utendum dare*, & *pignori dare*: sed in his, aliisque exemplis ex eo, quod additur, germana verbi significatio mutatur. Quoniam igitur in rem actio datur domino, male is rem sibi dari postulat, quum quod nostrum est fieri nostrum amplius non possit, *h.* §., *&* §. *sed si rem de leg.*, *l.* 14. §. 2. *de exc. rei jud.*, *l. non ut* 159. *de R. J.* Actionis in rem formula erat, *Ajo rem illam esse meam*, actionis vero in personam, *Ajo, te mihi dare, facere oportere*. Verbum illud Tribonia-

(l) *V. ad hunc Suetonii locum Janum a Costa ad h.* §.

boniani, *Si paret*, ad Prætoris formulam pertinet, nam Prætor, ubi actio in rem erat, sic formulam dabat, *Si paret*, (h. e. apparet) *rem Cai esse, condemna*; ubi autem actio in personam erat, sic, *Si paret, Lucium Cajo dare, facere, oportere, condemna*, *Brisson. de Form. p. 371. 372., & seq.* Quod si vero verba, *si paret* &c. Prætoris erant, quibus datum judicem adloquebatur, quare illa actori attribuit Tribonianus ibi, *Certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, si paret eum dare oportere?* Locum hunc sic accipe. Non ait Tribonianus, ea verborum formula actorem uti; sed ait, non posse actorem suam rem vindicare actione in personam: quod genus actionis designat iis verbis, *si paret* &c. more ab antiquis Jurisconsultis usurpato, consuevere enim nomina actionum fingere ex prioribus aliquot verbis ejus capitis, quo alicujus actionis formula protrahebat. Hinc nomina illa actionum, interdictorumque *Quod metus caussa*, *si certum petetur*, *Quorum bonorum*, *Unde vi* &c. Qua de re ex Pithœo *ad Auct. Collat. LL. Mosaic.* alibi diximus. At quo, inquies, spectant hæc sublatis jam per Justinianum formulis? Certe hæc tanti olim erant, ut si quis ita rem suam peteret, *Ajo, te mihi rem illam dare oportere*, caussa caderet: sed alia post Justinianum fuit temporum ratio, ut hic Triboniani locus ad solam antiquitatis notitiam pertinere videatur; satis est enim actori, desiderium suum quibuslibet verbis exprimere, modo tamen Judici pateat. Sed, ut ad hunc §. redeamus; regulæ exceptionem addit Tribonianus in furibus, quorum odio effectum ait, ut ad hunc quoque modum agere liceat, eos dare oportere, *l. 1. & passim de cond. furt.* Belle Ulpianus *l. ult. in fin. usufr. quemad. cav.*, *Nemo*, inquit, *rem suam nisi furi condicere potest*. Verum quid monstri est hoc, eum, qui dominus est, rei suæ dominium vindicare, quique non est dominus, eum alienæ rei dominium transferre? Certe hic locus male habet interpretes, quorum opiniones collegit Bachovius *de Act. disp. 4. th. 10.* Forsan autem aliquanto verosimilior est opinio Accursii ad h. §., condictionem furtivam, si rem ipsam subreptam spectet, verbo quidem esse ad dandam comparatam, re tamen ad restituendum, sicque verbum *dare* in ea minus proprie sumi: atque hanc opinionem confirmare videtur Ulpianus in *l. 29. de V. O.* At vero si *dare* in condictione furtiva est *restituere*, male hanc tanquam ceterarum condictionum exceptionem proponit Tribonianus, quum verba in exceptione eodem sensu intelligenda sint, quo intelliguntur in regula. Verum exceptio in hoc est posita, quod condictione furtiva præstetur, quod præstari vindicatione tantum deberet. Furtiva res nostra est, eamque vindicamus dicendo, rem esse nostram, condicimus etiam dicendo, furem *dare* oportere, hoc est, rem nostram nobis restituere: sicque odio furum dominus, quod alii vindicatione solum possent, condictione etiam obtinet, & quidem uberiore effectu, de quo late ad *§. ult. de obl. quæ ex delict.* V. Paul. Busium *subtil. jur. l. 4. c. 8.* Atque hoc est, quod Tribonianus inquit *h. §.*, esse id effectum odio furum; *quo magis PLURIBUS actionibus teneantur*. Quodque de furibus dictum est, id de iis etiam intelligendum, qui eodem jure censentur cum furibus, quales sunt inficiatores, *l. 4. §. pen. de reb. cred.*, *l. 13. §. ult. ff. depositi*, raptores, ceterique violenti possessores, *l. 2. in fin.*, & *l. 2. de cond. tric.*

§. XV. Nominibus quoque differunt actiones in rem & in personam: hæ *Condictiones*, illæ *Vindicationes*, seu *petitiones* dicuntur, V. dicta ad *pr. h. t.*

§. XVI.

§. XVI. *usque ad* XX. Tertiam proponit §. 16. Tribonianus actionum partitionem, aitque, nonnullas esse rei persequendæ gratia comparatas, nonnullas pœnæ persequendæ, nonnullas demum mixtas esse. *Rei persequutionem continent*, inquit Jurisconsultus *l. 31. de O. & A.*, *quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest*. Abesse autem nobis ex patrimonio dicitur, sive quod nostrum est, & possidetur ab alio, sive quod a nobis abiit, restituendum est tamen, sive quod nobis ex contractu debetur, sive demum quod rei, quæ abest, æstimationem continet; cujusmodi est æstimatio ex jurejurando in litem, *l. 1. & 8. de in lit. jur.* Hinc quænam sint actiones persequutoriæ pœnæ, quænam mixtæ, facile est intelligere. Ita cum suo Donello Vinnius hic. Præstat dicere cum Hubero, a patrimonio nostro abesse, quod jure quidem in bonis nostris est, facto tamen & situ ab illo separatum est. Talia esse Huberus inquit vel nostra, vel nobis debita. Quæ vero debentur aut certa sunt, veluti corpora, certæque pecuniæ quantitates, aut incerta, veluti æstimatio, vel id quod interest. Rem persequuntur omnes in rem actiones, & fere omnes in personam, quæ ex contractu sunt, §. 17. *h. t.* Ait Tribonianus *fere*, nam hoc eodem §. unam ex contractu actionem excipit, quæ mixta est. *Plane*, inquit, *si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa depositum sit, aut cum herede ejus ex dolo ipsius agetur: quo casu mixta est actio*. Adverbium *plane* exceptionis nota est. Sic in §. 14. condictionis furtivæ exceptionem ea vocula designat, *Plane odio furum* &c. Mixtam esse eam actionem, patet ex Edicto Prætoris, *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii caussa depositum sit, in simplum: earum autem rerum, quæ supra comprehensa sunt, in ipsum in duplum, in heredem ejus, quod dolo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum; quod ipsius, in duplum judicium dabo*, *l. 1. §. 1. ff. depos.* Est autem hæc actio in duplum, si depositarius depositum inficiatur §. 26. *infr. h. t.* Edicti rationem elegantissime tradit Ulpianus *d. l. 1. §. 2.*, *Merito has caussas deponendi separavit Prætor, quæ continent fortuitam caussam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem*, quasi dicat, minus esse succurrendum ei, qui, quum nullo premeretur periculo, potuit sibi bene consulere fideliorem amicum deligendo, quam ei, qui in summa trepidatione, rem, ne periret, apud eum deposuit, quem primum fors obtulit. Accedit illud, quod durius sit agendum cum eo, qui miserabile depositum dolo malo inficiatur, perinde enim facit, ac si in miserum, qui sublevandus est, per summum scelus desæviret. *Quum quis fidem elegit*, (verba sunt Ulpiani §. 4.) *nec depositum redditur, contentus esse debet simplo: quum vero extante periculo deponat, crescit perfidiæ crimen, & publica utilitas coercenda est, vindicandæ Reip. caussa, est enim inutile in caussis hujusmodi* (tumultus, incendii &c.) *fidem frangere*. Sed duo sunt in hoc Ulpiani loco, quæ interpretes torquent. Unum est illud, *& publica utilitas coercenda est, vindicandæ Reip. caussa*; quid est enim *publicam utilitatem coercere*? Inepta sunt & plane absurda quæcumque ad hanc Florentini Codicis lectionem tuendam a doctis viris adferuntur. Haloander legit, *utilitas coercendo vindicanda*. Cujacius ad *l. 2. C. de fide, & jure hastæ* mavult, *publica inutilitas coercendo*: quo nomine eum carpit Robertus *1. recept. 13.* V. Robert. 22. *Animadv. 26.*, & Ant. Mercat. 2. *Not. 26.* Ego, quoniam Florentina lectio consistere non potest, vulgatam esse retinendam ajo, quæ sic habet, *crescit perfidiæ crimen, & publica utilitate coercendum est vindicandæ*

 candæ

eandæ Reip. caussa, publice enim interest, miserabile depositum inficiantes puniri. Alterum est illud, *est inutile in caussis hujusmodi fidem frangere*: quid enim sonat τὸ *inutile*? Sunt qui legunt *incivile*. Sed omnes ferme Codices habent *inutile*. Duarenus. 1. *Disp. anniv.* 11. ait, quum leges utilitatis gratia scriptæ sint, ea, quæ utilitati repugnant, inutilia vocari. Hanc interpretationem auctoritate Græcorum confirmat Ferandus Adduensis 1. *Explicat.* 18.; Græci enim, ut exemplo Pollucis patet *lib.* 1. *c.* 30., ἀλυσιτελὲς, quod proprie est inutile, pro molesto & incommodo usurpant; traditque Hesychius, ἀλυσιτελὲς Græcis esse rem perniciosam. Ego quidem hanc expositionem probo, ajo tamen, esse hunc Ulpiani locum ex numero eorum, quos ipsa interpretum subtilitas difficiles finxit, apertissima enim videtur mihi Ulpiani sententia. Ait is, perfidiæ crimen esse *publica utilitate* coercendum: continuo subdit, *inutile esse* in caussis hujusmodi fidem frangere. Quis non videt, τὸ *inutile* utilitati publicæ opponi, & rem publicæ inutilem, ac perniciosam significare? Quæ magis digna prudente viro sententia, quam hæc, *Quod publice inutile est publica utilitate coercendum?* Vidit hæc Franciscus Accursius, qui sic ad eum locum, *inutile*, *hoc est, contra utilitatem, scilicet publicam*. Actio igitur, ut eo redeamus, unde me Ulpiani locus abduxit, quæ adversus depositum miserabile inficiantem datur, mixta est, nam & rem, quæ *simplum* dicitur, & tantundem pro pœna persequitur. Apud Quintilianum (modo is sit libri auctor) *Declam.* 245. in eadem caussa in quadruplum actio est: sed est id præter leges Romanas, quarum ea super re hæc fuit fortuna. Decemviri omnem dolosum depositarium dupli reum fecere *tab.* 3.: tanta fuit eo tempore in servanda depositi fide Romanorum religio; fuitque hæc apud alias gentes forte major, & major proinde perfidiæ pœna: quod erudite tradit *cit. loc.* Adduensis. Tum paullatim se se remittente Romanorum severitate, de miserabili tantum deposito id Prætor edixit *d. l.* 1. §. 1. Denique Jurisconsulti Prætorii juris interpretes in inficiantem dumtaxat actionem in duplum dedere, in simplum vero, si depositarius depositum confessus de rei tantum æstimatione contenderet arg. *l.* 29. §. *ult. ad L. Aquil.* Hæc de actionibus in rem, & in personam ex contractu. Actiones autem ex maleficiis proditæ aliæ *pœnæ* tantum *persequendæ caussa comparatæ sunt*, (m) *aliæ tam pœnæ, quam rei persequendæ, & ob id mixtæ sunt*, §. 18. *h. t.* Furti actio ad pœnæ persequutionem pertinet, sive manifesti agatur, sive nec manifesti; condictio vero & vindicatio ad rei recuperationem, quo fieri scribit Cajus *l.* 54. *de furt.*, ut recepta re salva quidem sit furti actio, vindicatio vero & condictio tollatur. Pœnam quoque persequuntur, non rem, actio injuriarum *l.* 7. §. 1. *de injur.*, actio de albo corrupto, & de parente aut patrono non impetrata venia in jus vocato, de quibus actum, actio de calumniatoribus, & aliæ complures, quæ nihil aliud nisi pœnam, & vindictam intendunt. At mixtæ sunt actio de vi bonorum raptorum in quadruplum, in quo triplum pœna, actio legis Aquiliæ de damno injuriæ sive in duplum, si damnum negetur, sive etiam in simplum, qui enim injuria damnum dedit, quanti res damnum passa eo anno, aut 30. diebus proximis plu-

(m) *Addit Hot.* aliæ rei, *ut sit furtiva condictio comprehendatur*. *Sed quidam Charonda, & plerique omnes Codices obstant.*

plurimi fuit, tantum domino dare damnatur, ut dictum ad *tit. 1. & 3. h. t.* Mixtam quoque ait esse Tribonianus §. 19. actionem ex testamento in eos, qui relicta Sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, de quibus in tit. *C. de Episc., & Cler.*, legati vel fideicommissi nomine, aut fuerint inficiati, aut dare distulerint usque adeo, ut etiam in judicium vocarentur, est enim hæc actio in duplum. Ne quis tamen miretur, quod hæc ex testamento actio mixta sit, quum tamen non ex maleficio sit, quales actiones mixtas esse, Tribonianus inquit §. 18., sed ex quasi contractu. Nam in piorum locorum gratiam mora ipsa maleficium est.

§. XX. Aliud mixtarum actionum genus proponit *h.* §. Tribonianus, nempe earum, quæ tam in rem sunt, quam in personam. Tres ejus generis actiones recenset, actionem familiæ erciscundæ, quæ coheredibus competit de dividenda hereditate, actionem communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur, item finium regundorum actionem, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. Has mixtas esse tam in rem, quam in personam, Romani Jurisconsulti non obscure tradiderunt. *Familiæ ercifcundæ judicium*, scribit Ulpianus *l. 22. §. 4. fam. ercisc.*, *ex duabus constat, id est, rebus, atque præstationibus, quæ sunt personales actiones*. Idem Ulpianus *l. 4. §. 3. com. div.*, *Sicut ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam præstationes veniunt*. Sic Paulus de finium regundorum judicio *l. 4. pr., & §. 1. fin. reg.*, *Sed & loci unius controversia in partes scindi adjudicationibus potest, prout cujusque dominium in eo loco judex compererit. In judicio finium regundorum etiam ejus ratio fit, quod interest; quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? inique damnator eo nomine fiet?* Idem de hereditatis petitione, quæ huc pertinet, Ulpianus *l. 25. §. 18. de her. pet.*, *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales*. Præstationes personales in familiæ ercifcundæ judicio sunt impensæ, si quas impensas in rem hereditariam fecimus, fructus a coherede solo ex hereditario fundo percepti, & res hereditaria corrupta, vel consumta, §. *si familiæ infra de off. judic.* In actione communi dividundo sunt impensæ in rem communem factæ, quas nobis præstare adversarius debet. In finium regundorum judicio sunt, quod ex nostris finibus adversarius percepit, quodque in agrimensorem impendimus, *l. 4. §. 1. fin. reg.* Denique in hereditatis petitione sunt, quæ a debitoribus exacta sunt, & rerum divenditarum pretia, *d. l. 25.* Tribonianus *h.* §. petitionem hereditatis omisit: sed eam addidit Cujacius, sicque *quadrigam*, ut ipse loquitur ad tit. *C. fin. regund.*, mixtarum actionum constituit. Quadrigam hanc *infelicem* appellat Faber *decad. 94. er. 4.*, ejusque hac super re hæc est sententia. Scripserat is 20. *Conject.* 10., actiones familiæ ercifcundæ, communi dividundo, & finium regundorum non posse eo sensu mixtas dici, quod *tam in rem* sint, *quam in personam*, ut *h.* §. scriptum est; sed ob id potius, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustineat & actoris & rei, *l. in tribus 13. de judic.*, *l. judicium 10. fin. regund.*, *l. inter coheredes 44. §. qui familiæ, ff. fam. ercisc.*, *l. 2. §. 1. com. divid.*, *l. 37. §. mixtæ, de O. & A.* Atque huc retulit verba illa Triboniani *h.* §., *In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare*. Ex quibus patet, utrumque ex litigatoribus, quatenus ei adjudicatio fit, actorem esse, reum vero, quatenus con-

M 2 demna-

demnatur. Hæc fecerunt, ut Faber verba illa *tam in rem, quam in personam* induceret tanquam glossema imperiti alicujus interpretis. Hanc eandem sententiam probavit *dec. 94. er. 3.* Sed non retinuit tamen omnia, quæ in libris Conjecturarum tradiderat; nam *d. c. 10.* generaliter scripserat, nullas esse actiones mixtas in rem, & in personam, quum quia actiones omnes aut contra eum dantur, qui aliquo modo sit obligatus, sicque in personam sunt, aut contra eum, qui nullo modo sit obligatus, sicque in rem sunt; tum quoniam qui agit vel adversarium dare facere oportere intendit, quod actionum in personam ingenium est, vel rem esse suam, quod est ingenium actionum in rem: quæ duo dilemmata ex contradictoriis constant, ut consectaneum sit illud, omnem actionem aut in personam tantum esse, aut tantum in rem. At *dec. 94. er. 3.* scripsit, solam hereditatis petitionem eo sensu mixtam dici posse, quod in rem sit, & in personam; idque ex eo nasci, quod hereditatis petitio universalis actio in rem sit, quæ facile potest personales præstationes habere, quemadmodum facile possunt specialia universalibus inesse. Hæc Faber. Verum hæc tanti apud plerosque interpretum non fuere, ut a communi opinione discederent; nam diserte hoc §. scriptum est, eas actiones mixtas videri *tam in rem, quam in personam*: quæ verba si quis velit contra omnium Codicum fidem expungere, facit sane is impudenter, & vero etiam stulte, nam Ulpianus *l. 22. §. 4. fam. ercisc.*, *& l. 4. §. 3. com. div.*, & Paulus *l. 4. princ.*, *& §. 1. fin. reg.* apertissime tradunt, hanc esse ejus mixturæ rationem, quod in eas actiones & res ipsa, & personales præstationes veniant. Nec duo illa Fabri dilemmata quidquam obturbare, inquit Bachovius *disp. 2. de Act. n. 3.*; nam contradictorium quidem est una eademque actione intendere adversarium obligatum, & non obligatum esse, remque nostram, & non nostram esse, modo tamen ea actio unam eandemque caussam habeat, atque unam eamdemque rem spectet: quod si duplicem habeat caussam, resque diversas habeat propositas, id certe contradictorium non est. Habent igitur hæ actiones duplex objectum, & duplicem quoque caussam, dominium & obligationem. Ita Bachovius. Sed duo illa obstant Bachovio, unum, quod si in una actione duæ distinctæ caussæ concurrerent, duæ etiam esse deberent actiones, non una: alterum, quod ita omnes mixtæ actiones æque in rem essent, atque in personam: quod certe falsum est, nam una earum in rem est, non in personam, licet personales præstationes admixtas habeat, ceteræ in personam sunt, non in rem, licet in quibusdam rei vindicationis loco sint. Et vero hereditatis petitio in rem est: quod & ipsum *petitionis* nomen satis prodit, & clare tradit Ulp. *d. l. 25.*, *Petitio hereditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales*. Contra *actio finium regundorum in personam est*, inquit Paulus *d. l. 1. fin. reg.*, *licet pro rei vindicatione sit*. Actiones etiam familiæ erciscundæ, & communi dividundo sunt certe in personam, utpote quæ ex quasi contractu nascuntur, §. *item si inter aliquos*, *Inst. de obl.*, *quæ ex quasi contract.*, ut non immerito Cujacium eo nomine reprehendat Faber *er. 4.*, quod mixtas actiones plerumque magis in rem esse scripserit, quam in personam. Ego ut per omnia Fabri sententiam non laudo, sic Bachovii opinionem non probo. Mixtæ actiones tam in rem, quam in personam proprie nullæ sunt, quum id in jure nostro sit instar monstri: haud tamen audeo verba illa abs Triboniano abjudicare, *tam in rem, quam in personam*, maxime quum non dicat is, actiones illas mixtas *esse* tam in rem, quam in personam, sed mixtas *videri*: quod

jam

jam Donellus animadvertit. Proprie una in rem est, ut dixi, ceteræ in personam, sicque constat summa illa actionum divisio, quam initio Tribonianus proposuit, vel in rem, vel in personam. Videntur autem quatuor illæ actiones mixtam caussam habere non origine, sed effectu. Sic qui hereditatem petit, certe in rem agit, estque actionis caussa dominium: effectu tamen videtur hæc actio mixtam caussam obtinere, quia in eam veniunt præstationes personales: verum, quod est necessario monendum, non considerantur præstationes hæ tanquam ex jure ad rem, sive ex obligatione profectæ, sed quia per se veniunt in hereditatis petitionem, *l. 16. §. 1. de her. pet.* [Hinc *a debitore hereditario quasi a juris possessoribus posse hereditatem peti*, ait Ulp. *l. 14. eod. tit.*, *& nihil referre, utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit*; quasi dicat, non spectari caussam singularum præstationum, nec peti debita hereditaria tanquam ab obligato, sed tanquam a possessore: quod perinde est ac dicere, præstationes personales non esse ex obligatione, quum certi juris sit, actiones ex obligatione in reum competere tanquam obligatum, non tanquam possessorem. Sic etiam qui fines regi postulat, agit is in personam; effectu tamen videtur vindicare, quia pars fundi a vicino motis finibus subducta ei restituitur, quasi fundum vindicasset: proprie tamen non vindicat. V. Huber. hic.

§. XXI. usque ad XXVII. Tertia Actionum divisio hæc est, ut omnes actiones vel in simplum conceptæ sint, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum, ita ut ulterius nulla actio extendatur, §. 21. *h. t.* Quod intelligendum de quadruplo rei universæ, non ejus tantum rei, quæ damnum dedit; nam de reliquo si quis clavum a navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est S.C. Claudianis temporibus facto, ut is omnium rerum nomine teneretur, *l. 3. §. ult. de incend. ruin.* Si servus heres non dum adita hereditate occisus sit, etiam hereditariæ æstimationem fieri, traditum est. *l. inde Neratius 23. in princ. ad L. Aquil.* (n) Concipiuntur in simplum, quum id, quod mihi debetur, persequor, præterea nihil, cujusmodi sunt actiones ex stipulatione, ex mutuo, ex emto vendito, ex locato conducto, mandato, & aliis compluribus caussis, §. 22. *h. t.* In duplum concipiuntur actiones furti nec manifesti, in qua actione duplum est pœna, ut diximus, damni injuriæ ex *l. Aquilia*; si quis damnum datum neget, ut dictum, depositi ex quatuor tantum exceptis caussis, servi corrupti, quæ actio in eum datur, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus sit, aut luxuriose vivere cœperit, aut quolibet alio modo deterior factus sit; ita tamen ut earum etiam rerum, quas fugiendo abstulit servus, æstimatio deducatur; & demum ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, ut supra diximus §. 23. *h. t.* Illud hic moneo, de filiofamilias corrupto non æque actionem fuisse proditam, quum quia corrupto filio non patrimonium minuitur, sed honor potius, & dignitas familiæ, tum quoniam non putavit Prætor, patrem facile familiæ dedecus proditurum. Quod si pater velit agere, utilis actio a Senatusconsultis concessa est, *l. 14. §. 1. de serv. corrupt.* Concipitur in triplum actio adversus eum, qui majorem vera æstimatione quantitatem in libel-

(n) *Præterea olim mulctas usque ad octuplum Edictis suis proposuisse, liquet Edicto C. Verris in Decumanos, qui plus ab aratoribus exegerant; de quo Tullius lib. 3. in Ver.*

libello conventionis inseruit, ut ex hac caussa viatores ampliorem summam sportularum nomine exigerent, §.24. *h.t.*, ubi viatores (*o*) sunt litium exequutores; sportulæ autem viatorum salaria. (*p*) Finge, viatori singulos in centenos aureos deberi, meque centum Titio debere, Titium vero mille petere, ut dem viatori decem. In hac specie competit mihi adversus Titium condictio (*q*) *ex lege*, qua damnum mihi datum persequor in triplum,

Con-

(o) *Viatores olim dicti, qui Magistratibus aderant, eorumque mandata exequebantur, quum enim antiquis temporibus proceres morarentur in agris, essentque e villis ad Consilium arcessendi, qui eos evocabant, Viatores dictos, scribit in Præfat. Columella. Idem habet Tullius de Senect. c. 16. Tum Viatores appellati, qui reos convenirent, sisterentque apud judices, caussasque instructas offerrent, &, ut Anastasius loquitur l. 12. de proxim. sacr. scrin.,* quibus IMMINENDI litibus solicitudo injuncta est, *ita enim eo loco legendum, non* minuendi, *aut* in minuendis.

(p) *Sportula a sporta. Initio sportula Romanis dictum, quod in sportulam conjectum clientibus dabatur loco cœnæ rectæ, de qua Martialis 8. ep. 10., & Svet. Aug. c. 74. De ea sportula Juvenalis sat. 3. v. 249.*

Nonne vides, quanto celebretur sportula fumo?

Quandoque numus pro sportula, hoc est, quadrantes centum, qui proinde sportula dicebantur. Martialis 1. ep. 60.

Dat Bajana mihi quadrantes sportula centum.

Sportula etiam dicti denarii, quos virilem togam sumentes, nuptias facientes, magistratum ineuntes, vel opus publicum dedicantes dabant. Plin. 10. ep. 117. & 118. Papinianus l. spurii. de decur. Vetus inscriptio apud Fabrotum ad Cujac. parat. Cod. de sport. Ob dedicationem statuæ Decurionibus, & Seviris, & juventuti sportulas, & populo epulum, & oleum eadem die dedit. *Hinc* sportula *in generale nomen evasit, quo salaria, congiaria, diaria, honoraria omnia significabantur, quæ & Clericis pro victu dari solita, scribit Cyprianus lib. 4. ep. 5., & pedariis judicibus Imperator Nov. 82. c. 9., quæque actor & reus initio litis deponebant Fisco, vel judici cessura, si alteruter in judicio succumberet: qua de re ex Aristophanis Scholiaste Alciatus 3. Dispunct. 17. Hoc §. sportulæ sunt viatorum salaria, ut & in l. omnes 33. §. 5. C. de Episc. & Cler., d. l. 12. C. de prox. sacr. scrin., l. ult. C. de fruct. & lit. exp., & Nov. 82. c. 8. pr. Hæ pro modo quantitatis libello expressæ æstimabantur. At vero actore plus petente, si quid supra debitum sportularum modum exigatur, in eum competit Constitutione Justiniani actio in triplum, quod tamen id ipsum continet, quod non jure exactum est. Occasionem Constitutioni Justinianeæ dedit Constitutio Zenonis, qua sublato jure veteri, de quo infra ad §. 33., ansa actoribus data plus æquo in libellis petendi.*

(q) *In fine hujus §. vulgata habet,* Quam procul dubio certum est ex lege condictitia emanare, *quam lectionem ut tueantur nonnulli, verba hæc referunt ad legem quandam condictitiam de condictione, h. e. denuntiatione litis, quæ Aurelio Victore teste Marcum habuit auctorem: ad eundemque sensum explicanda verba sequentis §. de actione in quadruplum adversus Viatores,* Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur *&c. Ita etiam habet*

Condictio, inquam, *ex lege*, puta ex Græca Constitutione Justiniani, quæ temporum injuria periit; omnes enim actiones, quæ ex novis constitutionibus dantur sine suo nomine *Condictiones ex lege* appellantur, *l. unic. de condict. ex lege*. In quadruplum sunt actiones quatuor, actio furti manifesti, de qua supra, actio, quod metus caussa in eum, qui lucrum sensit ex eo, quod metus agenti inlatus est, *l. item si hac exceptione*, §. *in hac actione, ff. quod metus caussa*. Actio in factum in calumniatores, nempe eos, qui pecuniam acceperunt, ut negotium alicui facerent, *l. 1. de calumn.* & condictio ex lege in viatorem, qui majores æquo sportulas a reis accepit, §. 25. *h.t.* Illud proprium est actionis de eo, quod metus causa, quod reus pœnam quadrupli evadit, si ante sententiam arbitrio judicis rem vi aut metu ablatam reddat, est enim hæc actio arbitraria, *d. l. item si, cit.* §. *quod metus causa*, §. 27. *h.t.*

§. XXVIII. usque ad XXX. Quarta actionum divisio est, ut aliæ sint bonæ fidei, aliæ stricti juris. Hujus partitionis origo est a partitione contractuum in contractus bonæ fidei, & stricti juris repetenda. Nullum quidem negocium est, a quo bona fides abesse possit, *l. 59.* §. 1. *ff. mandat.*; at sunt tamen contractus nonnulli, quos ex bona fide descendere, inquit Paulus 2. *sent.* 17., quibusque bonam fidem inesse, scribit Ulpianus *l.* 152. §. *ult. de R. J.*, hoc est, in quibus maxime bona fides exigitur, ut loquuntur Diocletianus, & Maxim. *l. 5. C. de resc. vend.*: cujus rei duo sunt consectanea, alterum, ut si dolo fiant, ipso jure sint nulli, *d. l. 5.*, & *l. 3.* §. *ult. pro soc.*: alterum, ut mutuas præstationes etiam non expressas ex ipsius negocii natura, quantum bona fides patitur, admittant. Contra sunt alii contractus, quibus non adeo inest bona fides, ut dolo vitientur, *l. & eleganter, ff. de dol.*, vel præstationes præter diserte expressas admittant, *l. 22. de donat.* Contractus, qui consensu solo constant, & utrinque obligant, quod proprium videtur obligationis ingenium, ex bona fide potius, & ex tacita contrahentium voluntate æstimantur, quam ex lege expressa contrahentium: ex adverso magis ex eo, quod expressum est, quam ex bona interpretatione æstimantur contractus, qui vel ex re data, vel ex literis, vel ex verbis substantiam capiunt, & ex uno tantum latere obligant, quo nomine minus proprie contractus appellantur, *l. Labeo, de V. S.*, nam propius illi, quam hi ad naturalem simplicitatem accedunt, unde illi bonæ fidei, hi stricti juris contractus dicuntur. Hinc ortæ actiones bonæ fidei, & stricti juris. Bonæ fidei actiones sunt, in quibus judex ex bono & æquo æstimat, quantum alter alteri præter expressum dare præstare teneatur. Stricti juris sunt, in quibus judex conventionis terminos, formulamque Prætoris ita debet servare, ut ultra arbitrari non possit. Atque hoc est, quod Tullius inquit *pro Rosc.* 4. *ad libellam adjudicare*, idest, ut Turnebus 29. *Advers.* 36., *ad teruntium*. Hinc bonæ fidei actiones dictæ olim *arbitria*, quod nomen eo

---

bet Tigurinus liber. Sed contra Tigurinum, & alios plerosque Codices locum hunc ex ingenio suo sic restituit Hotomanus, Ex qua dubio procul est, ex lege condictitiam (*i. e. condictionem*) emanare. *Id etiam probavit editione sua an.* 1534. *Robertus Stephanus, & manuscriptorum testimonio probarunt Contius, Cujacius, Charondas, & alii. Ita quoque restituendus locus* §. *seq. maxime quum eadem sit ejus loci sententia in quibusdam Charonda, & Marsilii Membranis.*

eo sensu sæpissime apud Tullium occurrit, actiones vero stricti juris *judicia*. Facit locus Ciceronis *pro Rosc. 4.*, *Judicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem obtineamus, aut amittamus: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt*. In judiciis enim stricti juris actor rem certam sine ulla interpretationis formula exprimebat, ad eundemque modum formulam suam Prætor dabat: in judiciis autem bonæ fidei rem incertam arbitrio judicis determinandam adjecta una ex illis formulis, EX BONA FIDE, UT ÆQUIUS MELIUS, UT INTER BONOS AGIER OPORTET. Cic. 3. *de Off.* 15. *& pro Rosc.* Sed non fuisse promiscuum harum formularum usum, tradere videtur Tullius *de Off. Reliquorum judiciorum hæc verba maxime excellunt, in arbitrio rei uxoriæ, melius æquius: in fiducia, ut inter bonos bene agier.* Meminit Valerius Max. *lib. 8. c. 2. n. 1.* formulæ, QUIDQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. Hinc opponuntur apud Senecam *lib. 2. de Clement.*, *liberum arbitrium habere*, & *sub formula judicare*. Hoc sensu actiones bonæ fidei, & stricti juris dicuntur, quod non intelligens Amesius hanc actionum divisionem reprehendit, *l. 5. de Conscient. c. 42. n. 22.* Hujusmodi sunt ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pigneratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, & hereditatis petitio, §. 28. *h. t.* Duobus autem casibus actio præscriptis verbis bonæ fidei est, quum vel de æstimato proponitur, vel ex permutatione competit, *cit.* §. 28. *De æstimato*, quum ea lege rem alicui trado, ut eam vendat, & æstimationem hanc, vel illam solvat, aut, si vendere non possit, rem ipsam reddat. Hoc negotium civile est *l. 1. de æstimatoria*; sed quoniam nomen suum non habet, hinc actio ex eo neque nomen habet, atque actio præscriptis verbis appellatur, ut quæcumque actio ex contractu, qui nomine caret, descendens, præscriptis verbis dicitur, *d. l. 1. de æstimatoria*. *Ex permutatione* competit hæc actio, si rem meam cum tua muto, eaque non ago, ut, quod acceperisti, reddas, sed ut damneris mihi, quanti mea refert, illud, de quo conveuit, accipere *l. 5. de præscript. verb.* His bonæ fidei actionibus accedit actio ex stipulatu, sed eo tantum casu, quum de dote stipulatio est interposita; de reliquo enim stricti juris est. Bonæ, inquam, fidei, nam successit in locum actionis rei uxoriæ, quæ bonæ fidei erat, *l. unic. Cod. de rei uxoriæ act.* (r) Datur autem hæc actio ex stipulatu ad repetendam dotem, etiamsi re vera stipulatio interposita non sit, *d. l. unic.*, habetque hæc actio hypothecam tacitam, qua mulier, si ipsa experiatur, cæteris mariti creditoribus præfertur, §. 29. *h. t.* Idemque liberis heredibus indultum, V. *Novel. 91.* (ſ) Denique actio bonæ fidei est hereditatis petitio, de

(r) *Minus latine Salmasius hanc actionem re uxoria dixit testimonio Glossarum Nomicarum, & Suidæ. Antiqui Codices Menagii, & Brodæi in L. un. C. de rei ux. act., & hoc loco habent* rei uxoriæ, *Tabroto teste ad Cujac. parat. C. l. 5. tit. 13. Accedit testimonium Tullii jam in commentario descriptum ex lib. 3. de Off. c. 15. Græci illi sæpe in latino sermone offenderunt.*

(ſ) *In fine §. 29. legitur*, Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tum censuimus, quum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus filius.

de quo tamen diu a veteribus disputatum, arguit hic §., & Justiniani Constitutio in *l. ult. C. de pet. her.* Quumque nonnulli eam bonæ fidei esse negarent, quod in rem esset, sicque nullum contineret negotium mutuo gestum, contra affirmarent nonnulli, quod multas personales præstationes haberet, ut a nobis dictum ad §. 20. *h. tit.*, Justinianus posteriorem hanc sententiam, quæ jam antea receptior erat arg. *l. 38. ff. eod.*, Constitutione sua confirmavit. Cæteræ actiones sunt stricti juris. Tribonianus enim in hunc locum omnes conjecit, ut, quæ sunt omissæ, nisi arbitrariæ sint, stricti juris esse intelligantur. Et quidem non ait is, *Bonæ fidei sunt hæ* (VELUTI) *ex emto vendito* &c. quem loquendi morem usurpat, quum aliqua exempli loco esse vult; sed definite ait, *Bonæ fidei sunt hæ, ex emto vendito* &c. Hinc, quoniam is duo illa bonæ fidei judicia expressit, *familiæ erciscundæ, & communi dividundo*, tertium vero illud omisit, quod judicium finium regundorum dicitur, quodque duobus illis addi passim solet, duo quidem illa bonæ fidei, tertium stricti juris esse, affirmandum est. Cujus rei ratio non obscura. Duo illa ex quasi contractu sunt, & commune negotium continent, proximeque ad societatem accedunt, *l. 4. §. sicut 3. ff. commun. divid.*: tertium non est ex quasi contractu, unde inter obligationes ex quasi contractu ea obligatio non recensetur, *tit. Inst. de oblig. quæ quasi ex contract.*, imo ex maleficio potius est, aut quasi maleficio, & tantum abest, ut negotium communiter gestum continere videatur, ut solus is, in quem agitur, negotium suum gessisse dicendus sit. Sic, quoniam Tribonianus duplici tantum casu actionem præscriptis verbis bonæ fidei esse voluit, eam certe in aliis excepit. Plane ubi post multam dubitationem, de qua Ulpianus *l. 7. §. 2. de pact.*, tandem placuit, ut conventiones illæ, quæ *in suo nomine stant*, ut Ulp. loquitur §. 1., hoc est, quæ proprio nomine destitutæ generali conventionum nomine appellantur, civilia negotia essent, civilemque parerent actionem, dubitatum de eo fuit, num actiones præscriptis verbis ex innominatis contractibus competentes bonæ fidei essent. Et quamquam affirmandum videretur ea ratione, quod innominati contractus locationi, & mandato, qui sunt bonæ fidei, similes essent, tamen id nonnisi duplici eo casu affirmarunt Jurisconsulti, forte quia in aliis minus ad vitam utiles visi sunt; publica enim commerciorum utilitas judicia quædam bonæ fidei esse jussit. Apposite Cicero 3. *de Off.* 17. scribit, *fidei bonæ nomen manare latissime, & versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, locatis, conductis, quibus vitæ societas continetur*. Ait quidem Ulpianus *l. 2. §. 2. de precar.*, præscriptis verbis actionem de precario *ex bona fide* oriri. Verum id non est, actionem bonæ fidei esse, neque ea actio bonæ fidei esse potest, quum precarium donationi propius sit, quam commodato; verum est enim, quod Pufendorfius tradit *l. 5. c. 2. §. 8.*, onerosos contractus bonæ fidei esse, beneficos stricti juris. Ulpiani sententia hæc est, actionem præscriptis verbis de precario magis ex bono & æquo esse, tacitoque negotio contracto, *est enim natura æquum,*

---

lius providentia hoc induximus. Tò solius *male Theophilus* ad dotem, non ad donationem propter nuptias *retulit ex sententia l. assiduis, C. qui potior. in pign. Quis enim non videt, Triboniani mentem hanc esse, solam mulierem, non alios de dote agentes, præferri? V. Jan. a Costa hic.*

æquum, ad rem Ulpianus ibidem, *tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim*; ficut condictiones, de quibus *lib. 12. Pandectarum* tractatur, omnes magis funt ex bono & æquo tacitoque contractu, quam ex negotio gesto. Ita Cujacius 4. *Obs. 7.* Discrimina inter bonæ fidei & stricti juris actiones hæc funt, primum, ut, si debita cum mora solvantur, in bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debeantur, fecus in judiciis stricti juris, *l. mora 32. §. in bonæ, de usur.*, *l. 2. Cod. depositi*, *l. 3. Cod. de usur.*: fecundum, ut si ad contractus bonæ fidei mala fides initio accedat, pro non factis habeantur, ut est exemplum in emtione *l. 1. Cod. de rescind. vend.*; fecus in contractibus stricti juris, nam stipulatio mala fide facta stipulatio est, nec nisi exceptione excluditur, *l. 36. de V. O.*: tertium, ut in judiciis bonæ fidei judex compensationis rationem habere possit, nam compensatio ex bono & æquo originem trahit, *l. etiamsi*, *l. neque scriptum*, *Cod. de compens.* Si quid igitur invicem actor reo præstare debet, eo compensato in reliquum judex reum condemnabit. Quod facit ad actiones stricti juris, olim compensatio locum non habebat. Sed postea D. Marcus in his etiam compensationem admisit, opposita doli mali exceptione. Tandem Justinianus post Jurisconsultos, & Severum hoc est Alexandrum Imp. generaliter in omnibus actionibus compensationem probavit, dummodo aperto jure niteretur, *l. fin. Cod. de compensat.*, *& §. 30. h. tit.*, quem his verbis claudit Tribonianus, *Excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium credidimus, ne sub pretextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur*. Quibus verbis consonant verba *d. l. ult. C. de compens.*, *Excepta actione depositi secundum nostram sanctionem*. Sed duo funt in Triboniano reprehendenda. Unum est, quod is depositi exceptionem Imperatori suo tanquam auctori attribuat, quum tamen ante Justinianum Paulus 2. *sent. 12.* diserte scribat, *In caussa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est*; & ante Paulum Seneca 6. *de Benef. Separantur actiones, & de eo, quod agimus, de eodem nobiscum agitur. Confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit, & ego cum illo furti agam, & ille mecum depositi. Lex legi non miscetur, utraque sua via habet actionem propriam, tam mehercule quam depositum, quam furtum*, ubi legem legi non misceri, & utramque sua via habere actionem propriam perinde est ac furto depositum non pensari, ut bene Rævardus 1. *Var. 11.* Alterum est, quod Tribonianus §. 30. *solam* depositi actionem excipiat; Justinianus vero in *d. l. ult.* excepta depositi actione addat, *possessionem alienam perperam occupantibus compensationem non dari*. Sed potest aliqua pro Triboniano adferri caussa. Quod sæpe Justinianus constituisse se dicit, quod jam ante ipsum fuerat jure cautum, id est ex more veterum: de quo fuse in peculiari Dissertatione nostra ad Constantinum in *l. 9. Cod. de test.* V. etiam Noodt ad tit. *ff. de compens. p. 359.* Quod vero Tribonianus *h. §.* voculam illam *sola*, quam taxativam dicunt, apponit, id explicat Gerardus Noodt *ibid.* ex illo Virgilii 1. *Georg. 29.*

An Deus immensi venias maris, & tua nautæ
Numina sola colant. Ubi Servius *sola* interpretatur *præcipua, potissima*. Ad eandem sententiam Alexander in *l. 1. C. de bon. poss. contr. tab. quam Præt. lib. pol.*, *Liberi contra tabulas parentum bonorum possessione admissa, SOLIS parentibus & liberis legata præstare secundum Edictum debent*; exploratissimum est enim, debere etiam uxori, & nurui dotis nomi-

nomine legatum ex Edicto præstari. Ita Diocletianus & Maxim. *l.* 12. *C. de oper. libert.* ajunt, manumissos patronorum filiis *solam* reverentiam debere; nam & operas praeterea debent, *l.* 5. & 7. §. 6. *de oper. libert.* Solam igitur depositi actionem excipere est praecipue illam excipere. Interdum voces, quas dicunt *taxativa*, similes species non excludunt. V. Cujac. *parat. C. de annal. except.* Sunt alia multa inter utramque actionum speciem discrimina, quæ nemo dilucidius doctiusque enarravit, quam Vinnius ad *h.* §. Addam hic illud, quum dicimus, actionem aliquam stricti juris esse, nomen *juris* non *legem* significare, quod opinati sunt post Theophilum nonnulli, ita ut debeat judex in stricti juris judicio jus summum & strictum sequi; nam in omnibus placuit, præcipuam esse justitiæ & æquitatis, quam stricti juris rationem, *l. placuit*, *C. de judic.*; sed *potestatem* significare, ita ut in stricti juris judicio adstricta formulæ esse debeat potestas judicis, non libera, ut in bonæ fidei judicio, nam, ut dictum, in actionibus stricti juris olim judex secundum formulam a Prætore datam, in bonæ fidei judiciis ex bono & æquo judicabat.

§. XXXI. & XXXII. Sequuntur actiones arbitrariæ, quæ num propria actionum species sint, an ad actiones stricti juris accedant, quæ ex caussa adventitia arbitrariæ fiunt, disputatum est ab Interpretibus (*t*). Illud certum est, eas esse actiones arbitrarias, mota ex quibus judicia ex arbitrio judicis dependent. Hujusmodi sunt vel in rem, ut Publiciana, Serviana, quasi Serviana; vel in personam, ut actio de eo, quod metus caussa, aut dolo malo factum est, actio de eo, quod certo loco promissum est, actio ad exhibendum, & aliæ, in quibus judex de bono & æquo judicabit. Hoc est ex arbitrio judicis dependere, quod Tribonianus initio §. scribit. At vero Antonius Faber *dec.* 89. *er.* 4. non esse existimandum inquit, arbitrarias actiones sic dictas esse, quod in iis arbitrio judicis fiat condemnatio ex bono & æquo, licet ita videatur sensisse *h.* §. Tribonianus; sed quia nisi judicis arbitrium præcedat, fieri ex iis condemnatio non potest, neque aliter quam si reus arbitrio parere noluerit: quod idem his verbis comprehendit Tribonia-

(*t*) *Ego, quoniam a longioribus disputationibus in his Commentariis abhorreo, paucis, quid sentiam, aperio. Ipse cum iis sentio, qui arbitrarias actiones inter bonæ fidei & stricti juris actiones medias faciunt, quum quia Tribonianus initium huic* §. *facit ex adverbio* præterea, *quod rem a rebus antea enarratis prorsus aliam notat; tum quoniam Marcianus l.* 5. *de in lit. jur. inquit*, In actionibus in rem, & in ad exhibendum, & in bonæ fidei judiciis in litem juratur, *unde patet, actionem ad exhibendum bonæ fidei non esse: deinde addit*, Plane interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum est, *unde etiam patet, actionem ad exhibendum stricti juris non esse: actiones autem in rem, & ad exhibendum arbitrariæ sunt. Facit quoque locus Papiniani l.* 2. §. 1. *de usur. Tria illa actionum genera Prætor formulis distinguebat, nam in judiciis bonæ fidei ajebat*, Si paret, Titium dare facere oportere; tum ex bona fide, vel, ut æquius melius, condemna eum Judex. *In judiciis stricti juris formulas illas*, ex bona fide, *vel*, ut æquius melius *omittebat. Denique ubi arbitrariæ actiones intendebantur, ante condemnationem arbitrii formulam inserebat sic*, Si paret &c. nisi arbitrio tuo satisfaciat, condemna eum Judex.

bonianus, *In quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali caussa servum dedat, condemnari debeat*. Verum non omnium arbitrariarum actionum natura hæc est. Sunt enim nonnullæ, in quibus tota condemnatio ex arbitrio judicis dependet, etiamsi Tribonianus h. §., & Theophilus id arbitrariarum actionum genus ignorasse videantur. Talis est actio de eo, quod certo loco sive ex caussa stipulationis, sive ex lege testatoris, sive ex peculiari mutui conditione, *l. 1. §. & 6. de eo, quod cert. loc.*; si enim alibi agatur, judex arbitrio suo æstimabit, quanti interfit certo loco non solvi, ita ut *si rei interest, minoris fiat pecuniæ condemnatio, quam intentatum est: si actoris, majoris pecuniæ fiat, l. 2. eod., & l. un. C. ubi conv. qui cert. loc.* Duas hasce arbitrariarum actionum species rejectis quibusdam veterum distinctionibus perbelle proponit Bachovius *disp. 7. de Act. n. 3.* Hinc habes perfectam earum definitionem, Arbitrariæ sunt vel in quibus arbitrium, seu jussus judicis definitivam sententiam præcedit, ita ut nisi reus restituat, omnino condemnetur, vel in quibus nullo præcedente jussu judex una sententia negotium ex æquo & bono definit; ita ut tota condemnatio ex ejus arbitrio dependeat. Nunc quædam pauca de arbitrariis exempli caussa in hunc §. collatis. Primum illud mirari quis jure potest, quod nullum civilis actionis exemplum adferatur. Num arbitrariæ omnes Prætoriæ sunt? Sic visum nonnullis, quos bene rejicit Ant. Faber *dec. 89. er. 5.* Ut alia desint argumenta, certe luculentissimo testimonio est civilis vindicationis formula apud Cic. 4. *in Ver., Si paret, rem, de qua agitur, Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur, judex condemna.* Deinde Triboniani inscitiam miratur Faber, quod arbitrariis noxalem accenseat, quæ arbitraria nullo modo esse potest, quum in ea neque condemnatio in arbitrium judicis conferatur, neque arbitrium ullum condemnationem præcedat, sed certo jure sententia præscripta fit, noxæ enim deditio ex ipsa lege est, ideoque non in condemnationem deducitur; sed pecuniariam condemnationem sequitur, ut Ulpianus inquit *l. si miles 6. §. 1. de re jud.*, unde illud est, quod ibidem Ulpianus scribit, *decem, aut noxæ dedere condemnatum, judicati in decem teneri, facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit.* Verum sic nonnulli Tribonianum excusant. Noxalis non semper arbitraria est; ex qua enim caussa directa in dominum ex maleficio suo arbitraria non est, ex ea caussa noxalis etiam arbitraria non erit, & contra; nam actionis ex delicto adjectio potius est noxalis, quam propria species actionis, ut fusius *infr. ad tit. 8.* Arbitrariæ igitur non erunt noxales in dominum ex furto servi, aut vi bonorum raptorum, aut damno per servum injuria dato, aut injuriis per servum inlatis; quia directæ ex maleficio ipsius domini propter eas caussas arbitrariæ non sunt: at erunt tamen arbitrariæ noxales pro eo, quod metus caussa, & de dolo juxta *l. 16. quod met. caus., & l. 9. §. pen. de dol.*, quia arbitrariæ sunt directæ ex iis caussis actiones. Ita post nonnullos Vinnius. Demum illud Triboniani *h. §., & ceteris similibus*, ostendit, alias quoque esse arbitrarias, quæ ex libris juris petendæ sunt. Dicam paucis, Omnes in rem actiones sive Prætoriæ, sive civiles, excepta hereditatis petitione, arbitrariæ sunt arg. *l. qui restituere 68. in fin. de R. V.* Arbitrariæ quoque sunt omnes in personam actiones ad restituendum, modo non sint bonæ fidei; etsi enim in bonæ etiam fidei actionibus ad restituendum, ut in arbitrariis, interposito de re restituenda judicis arbitrio, &, nisi arbitrium acceptum sit, lite juramento actoris æstimata negotium transigi soleat, *l. 3. §. 2. ff. commod.*,

commod., *l.* 1. §. 26. *ff. depos.*, *l.* 5. & 8. *de in lit. jur.*, non ideo tamen eas arbitrarias recte dixeris, nam quod in arbitrariis solum judicis arbitrium, id in bonæ fidei actionibus efficit bona fides: quod & de hereditatis petitione verum est. Sunt tamen nonnulla inter actiones bonæ fidei, & arbitrarias discrimina, quæ collegit Marcilius ad h. §. Sane in judiciis bonæ fidei *libera potestas est judici ex æquo & bono æstimandi*, §. 30. *h. t.*, in arbitrariis præterea judex plerumque restitutionem rei jubet, tum, nisi jussui fit paritum, condemnat ad aliquid aliud gravius, *l.* 14. §. 1., *l.* 18. *quod met. caus.*, *l.* 68. *de rei-vind.*, *l.* 4. §. 1. *de eo, quod cert. loc.*, & si, ut modo dictum, in quibusdam bonæ fidei interponatur etiam arbitrium. Omnes bonæ fidei, una excepta hereditatis petitione, in personam: arbitrariæ tam in rem sunt, quam in personam: quo fit, ut illæ nonnisi ex contractu vel quasi; hæ vel ex contractu, vel ex quasi delicto, vel ex dominio fint. In bonæ fidei actionibus judex proprie non arbitratur: in arbitrariis proprie arbitratur: unde in his *permittitur* judici ex bono & æquo æstimare h. §., in illis *permitti videtur*, §. 30. *h. t.* Denique in actionibus bonæ fidei utrinque nascitur obligatio: in arbitrariis ex uno tantum latere. Subdit in §. 32. Trib., curare debere Judicem, ut omnimodo, quantum potest, certæ pecuniæ, vel rei sententiam dicat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit: idque ad actiones bonæ fidei & arbitrarias quumprimis pertinet; atque hac etiam in re differebant bonæ fidei & stricti juris judicia, nam in his tota quantitas aut obtinebatur, aut amittebatur; in illis autem sententia judicis res incerta præfiniebatur. Vide tit. *Cod. de sent. quæ sine cert. quant.*; etsi quandoque in actionibus etiam stricti juris incerta sit quantitas, quum in id, quod interest, agitur *l. ult. de Prætor. stip.* Dixi, *quantum potest*, ad quem modum loquitur Tribonianus h. §., & Justinianus *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod interest*; nam aliquando ipsa rei natura certam ferre sententiam non potest, ut si res plures petantur, quorum optio rei est.

§. XXXIII. Plus petitio est pluris petitio, nam veteres nominibus verbalibus verborum casus adjungebant. Plus autem petimus vel re, vel tempore, quum hodie e. g. petimus, quod cras debetur, vel caussa (*u*), quum quod alternative, aut generaliter debetur, determinate petitur, vel demum loco, quum res non suo loco petitur. Generaliter deberi est hominem, aut vinum in genere deberi. Is autem, cui aut homo, aut vinum debetur, plus petit, si *Stichum* petat, aut *vinum Campanum* (*x*), quia electionem adversario

(*u*) *Caussam non uno sensu dixere Jurisconsulti. Hoc loco est qualitas obligationis l.* 44. *pr.*, & §. 3. *de O. & A. Paul. 1. sent.* 10. Sicut in negotiis gerendis (*inquit Eucherius Lugdunensis Episcopus Homil. de Paschate, cujus male nonnulli auctorem faciunt Eusebium Emissenum*) quatuor modis plus petendo subire periculum pro juris ratione prohibetur; quibus quatuor modis, id est, loco, tempore, genere, qualitate &c.

(*x*) *Vinum Campanum memorat hoc §. Tribonianus tanquam optimum. Idem Ulpiano* bonum *in l.* 75. §. 2. *de V. O.*, *Cajo* optimum *dicitur in l.* 74. *eod. Campaniam bonitate vini laudant Flor. lib.* 1. *c.* 16., *Plin. lib.* 3. *c.* 5., *Seneca, Columella, & alii satis multi. Verum contra omnes unus Theophilus ad h. §. scribit, vinum Campanum omnium pessimum esse. At parcendum Græculo illi,*

fario tollit: idque verum est, etiamsi species, quam petit, despectissima sit ceterarum, quia sæpe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est, *h.* §. (y) Olim plus petentes caussa cadebant. Cic. *lib.* 2. *de Invent. c.* 19. caussa autem cadere est rem amittere, ut explicat Just., lis enim, & caussa, & res erant prope synonima, Var. *lib.6.de L.L.* Sed hodie qui plus petunt tempore, duplo diutius expectare debent ex Constitutione Zenonis, de qua ad §. 10. *infr. de except.* Qui vero plus petunt re, loco, vel caussa, condemnantur in triplum, ut supra dictum est.

§. XXXIV. & XXXV. Si quis minus petat, judicis erit ad reliquum damnare adversarium, §. 34. *h. t.* Olim quum vigebant formulæ, id judici non licebat, *l.* 18. *Cod. div. hæn.* erat enim id patrocinari, non judicare. Gell. *lib.* 14. *c.* 2., maxime si litigator præsens adsit, nam ceteroqui absentis partes interdum judex adimplet, *l. ult. C. de appellat.* Ad hanc sententiam juris ajebat Petilianus Episcopus *Collat.* 3. Donatistarum Carthagini habita apud Marcellinum judicem ab Imperatore datum inter Catholicos ac Donatistas, *si absentes essent ex adverso sistentes, liceret tibi, Vir nobilis, absentem partem judiciario animo defendere: nunc præsentes sunt ipsi, mihi respondeant.* At Diocletianus in tit. *Cod. ut quæ desunt. advoc.* Judici permisit supplere juris rationes omissas; Zeno etiam facta, *d.* §. 34. Quod si quis aliud pro alio petat, re in judicio cognita, errorem suum emendabit, §. 35. *h. tit.* Errorem emendare est vel actionem jam editam emendare non mutato actionis genere, idque jure etiam veteri usque ad sententiam facere licebat, *l.* 4. §. *ult. de noxal.*, *l.* 12. §. 1. *de adq. vel amit. poss.*, *l.* 4. & 41. *de her. pet.* Cic. *Orat. pro Cæcin. c.* 3., vel genus ipsum actionis mutare, idque non dum contestata lite, ipso jure licebat, lite autem contestata non aliter, quam impetrata a Prætore in integrum restitutione, *l.* 3. *C. de edend.* Senec. *ep.* 117., Cujac. *not. post. ad h. l.* Sed Justinianus jure veteri abrogato primus constituit, ut id contestata etiam lite ipso jure liceret actori. Ejus Constitutio neque in priorem, neque in posteriorem Codicem fuit inserta. Non est alibi, quam hoc §., eamque innuit verbum *permittimus*. Multæ Justiniani Constitutiones in libris Institutionum occurrunt, quæ extra eos nusquam extant. V. §. *ult. qui, & ex quib. caus. man.*, & §. 10. *de test. ord.*

§. XXXVI. usque ad ULT. Ultima actionum divisio est, ut quibusdam actionibus solidum, quibusdam minus solido persequamur. Exempla sunt hæc. Primum est in actione de peculio, quæ ex contractu filii vel servi in patrem, aut dominum datur. Sane hic si tantum sit in peculio, quantum ex contractu debetur, pater aut dominus tenetur in solidum, sin minus, peculio tenus damnatur, §. 36. *h. t.* Secundum est in actione ex stipulatu de dote, qua mulier dotem a marito soluto matrimonio repetit, vel etiam constante matrimonio, si maritus dilabi ad inopiam videatur, *l. si constante soluto matrim.* Maritus hic in id, quod facere potest, condemnatur, *l. unica*, §. *quum autem*, *C. de rei ux. act.*, etiamsi maritus pacto se obstrinxerit ad solidum solvendum; hoc enim pactum utpote bonis moribus adversum remit-

---

illi, qui Campaniam non bene novit Imperialibus blanditiis in aula Justiniani occupatus, *inquit Antonius Usillus ad h.* §.

(y) *De plus petitionibus apud Græcos v. Pollucem lib.* 8. *c.* 1., & *Suidam in* διαμαρτυρία. *Plus petitiones Græci* πλεονεξίας *dixere.*

remittitur, *l. alia caussa*, §. 1. *soluto matrim.*, idemque de muliere, contra quam maritus agit, est intelligendum, *l. non tantum*, *de re judicata*, *l. si mulier*, *de act. rer. amot.* Solidum quoque a marito non habebit mulier, etiamsi maritus sit locuples, nempe quum maritus velit sibi retinere, quod necessario in rem dotalem impendit; nam necessariæ impensæ dotem minuunt, §. 37. *h. t.* (z) Tertium est in eo, qui cum parente, vel patrono agit, vel cum socio in judicio societatis (*aa*); vel cum eo, a quo donationem accepit ob caussam donationis; hic enim non plus consequitur, quam adversarius ejus facere potest, §. 38. *h. t.* Quartum est, si justæ compensationes opponantur (*bb*), nam id detrahitur, quod compensatur, §. 39. *h. t.* Quintum est in eo, qui ad flebile adjutorium, & miserabile auxilium confugit, nem-

---

(z) *Verba Triboniani sunt*, Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito retentio concessa est: quia ipso jure necessariis sumtibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet. *Sciolus quidam intrusa particula* quasi *legit*, quasi retentio concessa est, *motus Constitutione Justiniani l. un.* §. 5. *Cod. de rei ux. act.*, *ubi Justinianus sublato veteri retentionum jure actione mandati & negotiorum gestorum viro consuluit, quæ actiones quasi retentionis loco videntur esse. Sed τὸ* quasi *neque apud Theophilum est, neque in MS. Charonda, neque in libris antiquis. Accedit, quod diserte Tribonianus ad latiores Digestorum libros provocet, hoc est, ad tit. ff. de impens. in res dot. fact., unde esse hunc §. ex jure Digestorum accipiendum, inquit a Costa. Et quamquam Justiniani Constitutio juri Pandectarum in hac parte derogavit, tamen videtur mihi retentionem ob impensas necessarias servasse, nam actiones mandati & negotiorum gestorum pro utilibus tantum dedit, pro necessariis nullum jus novum procudit: quod non obscure patebit tibi, si verba illa Constitutionis sedulo legas*, Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. Quum enim necessariæ quidem expensæ dotis minuant quantitatem, utiles autem non aliter in rei uxoriæ actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris: non abs re est, siquidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri: quatenus possit per hanc, quod utiliter impensum est, adservari. Vel si non intercedat mulieris voluntas utiliter tamen res gesta est: Negociorum gestorum adversus eam sufficere actionem: quod si voluptariæ sint, licet ex voluntate ejus expensæ: deductio operis, quod fecit, sine lesione tamen prioris speciei, marito relinquatur: ut sit omnium retentionum expeditus tractatus, & ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.

(aa) *Quod de socio idem de fratre: nam si eo jure cum socio utimur, ideo quia societas* quasi fraternitas *est, ut dictum lib. 3. tit. 25. §. 1., eodem certe agendum cum fratre: quo refert Marcilius axioma illud scholarum*, Propter quod unumquodque tale, & illud magis.

(bb) *In textu Triboniani est*, ex eadem caussa, *quæ verba non retinet Theophilus, nam jure novo parvi refert, num ex eadem, an ex diversa caussa compensationes opponantur, Paulus lib. 2. sent. tit. 5. §. 3. Verum ea verba certe Triboniani sunt, qui quum hunc §. scriberet, Cajum aut alium veterem Jurisconsultum descripsit, novi juris immemor.*

nempe eo, qui bonis cessit, nam si quid postea adquisierit, & in eum rursus insurgant creditores, in id damnatur, quod potest; *inhumanum* est enim spoliatum fortunis suis in solidum damnari, §. *ult. h. t.* De *Cessione bonorum* late in peculiari nostra Dissertatione, quæ cum aliis post Institutiones evulgabitur.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA potestate dicitur, negotium gestum esse dicitur. (*a*)

TITULUS VII.

14. *ff.* 5. 4. C. 16.

QUia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorumfamilias, servorumque agitur: opus est, ut de hac actione, & de ceteris, quæ eorundem nomine in parentes, dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum his, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur: ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi, dominique, idem intellecturi de liberis quoque, & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus.

1 Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum Prætor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

2 Eadem ratione Prætor duas alias in solidum actiones pollicetur: quarum altera exercitoria, alia institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, quum quis servum suum magistrum navi præposuerit, & quid cum eo ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit: ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, quum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo ejus rei caussa, cui præpositus erit, contractum fuerit: Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones Prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.

3 Introduxit & aliam actionem Prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei caussa contractum erit: ita Prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debe-

(a) *Malunt alii*, Quod cum eo contractum est, qui in aliena potestate est. *Sed vulgatam recte præponit Marcilius sumtam ex principio Edicti l.* 1. *ff. de pec.*

debebitur, & ceteros creditores pro rata proportione distribuatur, (a) quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem adcommodat, quæ tributoria appellatur.

4 Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit; tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat: sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus: veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puta aureis, quos servus tuus a Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit; reliquos vero quinque quolibet modo consumserit: pro quinque quidem in solidum damnari debes: pro ceteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una est actio, quæ de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur: tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit: nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Quum autem quæritur, quantum in peculio sit; ante deducitur, quidquid servus domino, sive, qui in potestate ejus sit, debet: & quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio: veluti si is in ipsius peculio sit, quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

5 Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria, vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æque de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio, & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, idest, quod domino debetur, non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus & ceteri creditores. At in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur: & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria, ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, vel mancipiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque [illegible] vel

(b) *Sic restituendus hic locus ex uno Charonda. Male vulgata*, Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem Prætor permittit.

vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.

6 Quæ diximus de servo, & domino, eadem intelligimus & de filio, & filia, & nepote, & nepte, & patre, avove, cujus in potestate sunt.

7 Illud proprie servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt: & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium, filiamve, nepotem, neptemve, sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint, quam adversus patrem, avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

8 Illud in summa admonendi sumus, id, quod jussu patris, dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre, dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria, vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet: quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Patrem ac dominum ex contractu filiorum servorumque ipso jure, hoc est, civili jure non teneri, §. 10. superioris tituli dictum est. Prætor autem actiones nonnullas in patrem ac dominum ex filiorum servorumque contractu dedit, quæ proinde non directæ sunt, nam directæ dicuntur, quæ in eum ipsum competunt, qui est obligatus §. 5. *de noxal.*, quo sensu dicitur *directe agere*, *l. ult. ff. pro soc.*, & *directo condicere*, §. *ult. h. t.* sed obliquæ, &, ut vulgo ajunt, *indirectæ*. Has numero sex proponit hoc tit. Tribonianus, aitque *h. pr.*, & si de servis ac dominis actionum exempla concipiat, se tamen idem de liberis ac parentibus intelligere, quoniam *his fere eadem jura servantur*. Tò *fere* quanti sit, ostendam suo loco.

§. I. Prima est actio *quod jussu*, quod nomen ab initialibus Edicti verbis est factum, diciturque etiam *de jussu* actio in *l. ult. ff. quod jussu*. Datur eis, qui cum servis jussu dominorum contraxerunt, daturque adversus ipsos dominos in solidum, & merito; nam qui ita contrahunt, fidem dominorum sequi videntur, *h. §.*, & *quodammodo* cum ipsis dominis contraxisse. Ulp. *l. 1. ff. quod jus.* Domini *jussus* voluntas est, *l. 5. §. pen. de in rem vers.*, & quamquam proprie idem non sint voluntas ac jussus, habita tamen ratione servorum liberorumque, qui sub potestate sunt, domini patrisve voluntas *jussus* dicitur, *l. 25. §. 4. de adq. vel omit. her.*; patetque ea vox tam late in hac actione, ut & si mandaverit pater, dominusve, videatur jussisse, & si servi chirographo subscripserit dominus, teneatur quod jussu, & si ratum habuerit dominus aut pater, quod servus gesserit aut filius, quod jussu actio in eos detur, *d. l. 1. §. 3. 4. & 6.*, fidejussio tamen pro servo jussus non est, dominus enim quasi extraneus intervenit, *d. l. 1. §. 5.* Sed non est prætereundum illud, quod vulgo male negligunt interpretes, *jussum* quidem esse, quum dominus in rem peculiarem mandat cum servo contrahi, ita ut servus suam potius rem gerat, quam domini: at vero *mandatum* esse, quum dominus extra peculiarem caussam contrahi cum servo mandat, ita ut servus rem domini gerat, non suam; unde in hac specie mandati, in illa

quod

quod jussu actione dominus tenetur, *l. 8. C. mand.* A Costa hic. Et ne forte quis dicat, ita nihil esse, quo de jussu actio ab actione de peculio differ, satis est hic duo monere, unum, hanc actionem generali voluntate domini stare, illam speciali; alterum, actionem quod jussu in solidum esse, de peculio vero actionem peculio tenus, ut infra.

§. II. Secunda est actio *Exercitoria*, quam Prætor contra dominum exercitorem dedit iis, qui cum servo magistro navis contraxerunt earum rerum caussa, quibus hic est præpositus, *tit. ff. & C. de exerc. act.* Exercitorem dicimus, inquit Ulp. *l. 1. §. 15. h. t.*, *ad quem obventiones & reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem* (h. e. in universo, *in ipsis*, ut ex Cujacio dictum ad §. 3. *de empt. & vendit. lib. 3.*) *conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum*. Dictus exercitor, quia navem exercet. At *magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est*, *d. l. 1. §. 1.*, & *non solum quem exercitor præposuit, sed & eum, quem magister*, quod consultum Julianum in ignorante exercitore respondisse scribit Ulpianus §. 5. Tertia est actio Institoria, quam tunc locum habere, inquit *h. eod.* §. Tribonianus, quum quis tabernæ forte aut cuilibet negociationi servum suum præposuit, & quid cum eo ejus rei caussa, cui præpositus erit, contractum fuit. Institorem ex eo appellatum, scribit Ulpianus *l. 3. de inst. act.*, *quod negotio gerendo instet* (a), *nec multum facere, taberna sit præpositus, an cuilibet alii negociationi*. Facit *l. 5. eod.* Jam duæ istæ actiones ex edicto competunt, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negociationi præposuerit, *h. §.* Dicam paucis, nihil referre cujus ætatis, vel sexus, vel conditionis sit navis magister, aut institor, *l. 1. §. 4. de exerc. act.*, *l. 7. §. 1. & 2.*, *& l. 8. de inst.*, quia, ut inquit h. §. Tribonianus, *eadem æquitatis ratio etiam eo casu intervenit*, hoc est, quia cum magistro vel institore, quales ii tandem sint, super ea re, cui sunt præpositi, contrahentes exercitoris fidem sequuntur, ut proinde æquissimum sit, & eos non decipi, & exercitorem facta magistri, vel institoris habere rata. *Æquum Prætori visum est*, ait Ulpianus *l. 1. de inst.*, *sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, & conveniri*. Facit *l. 1. pr. & §. 2. & 4. de exerc.* Nunc ad utriusque actionis origines adscendamus. Mercatura Urbis initio civibus interdicta lege Romuli, ejusque faciendæ servis tantum potestas facta. Halic. 2. p. 98. Tum paullo honoratior habita, institutumque anno Urbis 259. sub Consulatu Claudii Serviliique mercatorum Collegium a Mercurio, cui litabant, *Mercuriale* appellatum. Liv. *lib. 2. cap. 27.*, Ovid. 5. *Fast.* 672. Alterum quoque institutum Romæ fuit mercatorum Collegium, quod *Capitolinum* dicebatur, de quo Livius, & Cicero. Haud tamen factum, ut nota mercatorum nomini adspersa prorsus elueretur, ac genus illud vitæ

(a) *Hanc etymologiam ex veteribus Glossis confirmat Menagius Amœnit. jur. 39. Novius in* Militibus Pometinensibus *apud Nonium Marcel. v.* mercatus *cap.* De indiscretis generibus *dixit* instare mercaturam.

Instat mercaturam. Spero, rem faciet: frugi est homo.

Male apud Nonium legitur, instant.

tæ ex fraude ut plurimum, & mendacio compositum conseutire cum honestiorum civium dignitate videretur; qua de re late Cicero 1. *de Off.* 42. Hinc mercatura per alios sive servos, sive libertos, sive liberos homines mercede conductos exerceri cœpta, & terrestris quidem mercatura per institores, maritima per navium magistros, ex quorum contractibus actiones in dominos Edicto datæ, earumque formulas apud Sigonium habes 1. *de Judic.* 21. *De maritima mercatura privilegiis* Dissertationem habeo, quæ cum aliis prodibit.

§. III. Quarta est actio *Tributoria* a tribuendo, hoc est, distribuendo. *Hujus quoque Edicti non minima utilitas est*, inquit *l.* 1. *de tribut.* Ulpianus, *ut dominus, qui alioqui in servi contractibus privilegium habet, quippe quum de peculio dumtaxat teneatur, cujus peculii æstimatio, deducto quod domino debetur, fit; tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor, ex hoc edicto in tributum vocatur*, id est, ad æquam partitionem vocatur. Quod si inique quod in mercibus est, quodque est inde receptum, tribuat, ipsi enim Edicto Prætoris distributio permittitur, (*b*), is tributoria tenetur, quam bene Cujacius iniquæ tributionis, seu doli correctoriam dixit. Ex actione ajebat creditor, dominum peculiares servi merces ex Edicto non distribuisse, & quanto minus tributum sit, quantum debuerit, tantum sibi eum dare oportere: ad quam sententiam Sigonius Tributoriæ formulam proposuit 1. *de Judic.* 21.

§. IV. Quinta est actio *de peculio*, qua convenitur dominus vel pater ex contractu vel quasi contractu servi aut filii, ut tantum præstet, quantum peculium patitur, quamvis sine voluntate domini vel patris negotium gestum sit, *h.* §. Dixi, *sine voluntate*, non quod possint dominus, aut pater sine ulla voluntate obligari, sed quia non est ad hanc actionem opus aut expressa voluntate, ut ad actionem quod jussu, ad exercitoriam, atque institoriam est opus, neque scientia saltem, & patientia, ut ad tributoriam. Etiamsi dominus aut pater ignorent, ex facto tamen servi aut filii tenentur peculio tenus ob generalem illam voluntatem, qua eis habere peculium permiserunt: quæ eadem est ratio, cur per servum aut filiumfam. earum rerum, quas peculiariter tenent, possessionem etiam ignorantes adquiramus, *l.* 1. §. 5. *de adq. poss.* Dixi *quantum peculium patitur*, non enim videntur ultra peculium consensisse. Peculium autem in filiofam. intellige profectitium, nam de castrensi, vel quasi castrensi tanquam paterfam. tenetur; de adventitio vero tenetur quidem pater non actione de peculio, sed tanquam legitimus administrator, *l.* 18. *in fin. de castr. pec.*, *l.* 6. *& ult. C. de bon. quæ lib.* De quadruplici isthoe peculii genere dictum *lib.* 2. *tit.* 9. Peculium servi erat quidquid dominus ei habere permittebat, nam alias servus nihil jure poterat habere. Peculium eleganter describit servus apud Terentium *Phorm. act.* 1. *sc.* 1. *v.* 5.

Quod

(b) *Diserte id cautum habes h* §., *& l. ult. ff. h. t., ut frustra sint, qui putant, dominum tribuere volentem adire ad Prætorem debere, qui distributionem edicat. Neque pro iis facit verbum illud Triboniani h.* §., Ita Prætor jus dicit, *nam hoc Triboniani verbum recte ad generale Prætoris Edictum referas, quo tribuendi potestas semel domino data.*

Quod ille unciatim vix de demenso suo
Suum defraudans genium comparsit miser.

Demensum erant modii quinque totidemque denarii, quod in singulos menses darentur, verbo uno *menstruum* dicti. Sen. *ep.* 81. Publicis autem servis dari *annua* consuevere. Plin. 10. *ep.* 40. Quidquid ergo ex menstruis iltis annuisque stipendiis defraudato genio reliquum erat, id peculium dicebatur, ex eoque servi dominorum concessu facere lucrum solebant, vel illud fœnori dantes, vel quomodolibet contrahentes, alios quoque sibi servos (*c*) ementes, quorum operas in quæstum conferrent. Matresfam. etiam peculium habuere, de quo Ulp. *l.* 9. §. 2. *de jur. dot.*; *Moris erat, ut mulier res, quas solent in usu habere in domo mariti, neque in dotem dabat, in libellum conferret, eumque marito offerret hac intentione, ut maritus subscriberet, quasi eas res accepisset, & veluti chirographum mariti hujusmodi libellum uxor custodiret, ut facto divortio docere posset, res, quæ libello continentur, in domum mariti se intulisse.* Dominus igitur, ac pater, pro contractu servi, & filiifamilias hac actione tenentur, ita tamen ut prius domino patrive debitum deducatur, *h.* §., & *l.* 5. §. *ult. de pec.* Sexta est actio *de in rem verso*, qua convenitur pater, aut dominus etiam ultra peculium, imo etiam si nihil sit in peculio, quatenus ex contractu filii, vel servi patrimonium patris, aut domini auctum sit, *h.* §., ubi in rem domini versum id intelligi, ait Tribonianus, *quicquid necessario in rem ejus impenderit servus.* Nec solum quod necessario, sed etiam quod utiliter in rem domini servus impendit, in rem ejus versum intelligitur, *l.* 5. §. 2. & *passim*, *tot. tit. de in rem vers.*: Discrimen unum inter necessario, & utiliter impensum dat Ulpianus *d. l.* 5. *pr.* his verbis, *Si res domino non necessarias emerit servus, quasi domino necessarias, veluti servos: hactenus videri in rem ejus versum Pomponius scripsit, quatenus servorum verum pretium facit: quum si necessarias emisset, in solidum, quanto venissent, teneretur.* Honestæ etiam impensæ, præcipue quas mores probant, huc pertinent; & illud verum esse, inquit Ulpianus *l.* 7. §. 3., quod Labeo scribit, *si odores, & unguenta servus emerit, & ad funus erogaverit, quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum.* Hæc satis expedita: illud difficile, quod addit Tribonianus, *licet una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit; nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum.* Quid enim illud est, *unam esse* actionem, qua de peculio agitur, & de in rem verso? Ut alia desint argumenta, eas duas esse actiones ostendunt duo diversa capita Pandectarum. Hotomanus ad h. §. scribit, actionem de in rem verso non propriam quandam esse formulam,

(*c*) *Hi peculiares dicti, quod in peculio essent, quo sensu* ovis peculiaris, & gallus peculiaris *occurrunt apud Plaut. Asinar. act.* 3. *sc.* 1. *v.* 36., & *Aulul. act.* 3. *sc.* 4. *v.* 6. *Dicti etiam* vicarii *l.* 21. *ff. de pecul., etsi proprie* vicarii *servi dicerentur Romanis, qui ordinariis servirent, eorumque vices gererent, unde Martialis lib.* 2. *ep.* 18.

Esse sat est servum, jam nolo vicarius esse.

mulam, & per se constantem, sed accessionem & appendicem dumtaxat actionis de peculio insiticiam & exemticiam, ita tamen ut qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oporteat, cum illius etiam emblematis adjectione. Contra Cujacius, ex ejusque schola profecti a Costa, & Borcholten ajunt, actioni de peculio inesse de in rem verso actionem, ita ut qui de peculio agit, de in rem verso etiam agat, versum enim pars est peculii tanquam a domino debitum servo; sicque satis esse arbitrantur de peculio agere nulla de in rem verso mentione habita; adduntque illud, ideo peculiare caput de in rem verso in Pandectis esse, quia, si nihil sit in peculio, tum demum agi specialiter potest de in rem verso. Utramque sententiam rejicit Vinnius ad h. §., aitque, actionem de peculio tam per se propriam & constantem formulam esse, quam de in rem verso, sicque licere actori seorsum de in rem verso agere, quamvis & de peculio experiri queat, ita tamen, ut si de peculio simpliciter agat, versum quoque æstimetur, non quia clausula de in rem verso actioni de peculio tacite inest, sed quia tanquam servo debitum, ac proinde tanquam pars peculii spectatur, unde in condemnatione nulla seorsum habenda ratio rei in domini commodum versæ: quod secus est tamen, ubi de in rem verso clausula adjecta est: contra vero si de in rem verso simpliciter agat, nulla peculii ratio habeatur. Ideo autem inquit, unam dici a Triboniano actionem, qua de peculio agitur, & de in rem verso, quia ostendere voluit, non modo singulis actionibus vel de peculio, vel de in rem verso agi seorsim posse, sed una etiam formula, quæ caput simul utrumque comprehendat, eamque agendi formam esse commodissimam. Hac Vinni opinione proposita illud monet Ulricus Huber *in Eunom. Rom. ad tit. De in rem vers.*, haud posse ex eo, quod duæ actiones conjunctim intendantur, thesin hanc fingi, unam esse actionem, alioqui diversæ actiones conjunctæ, quas interdum civile jus admittit, ut satis exploratum est, & ipse Ulricus docet ad tit. *Pandectarum de edend.* una semper erunt actio: quod est plane absurdum. Hinc subdit, enunciationem illam Triboniani, *licet una sit actio*, non ut generalem, sed ut particularem accipiendam videri hoc modo, licet aliquando fiat, ut una sit actio, idest, instar unius actionis, duas tamen habet condemnationes. Verum quis non videt, quam inutile sit Ulrici monitum? Hoc certe sensu opinionem suam proponit Vinnius, atque hoc eodem sensu quod de actione de peculio, & de in rem verso actione Tribonianus inquit, de ceteris etiam actionibus conjunctim propositis recte dici semper potest. Ego ajo, nihil esse, cur de hoc Triboniani loco tantopere laboremus, si *actionem* interpretemur *formulam*, qua significatione actionis nomen usurpari solitum, tradit Hotomanus de *verb. jur.*, quidquid obloquantur nonnulli. Atque hoc sensu accepta Vinnii interpretatio optime quidem habet. Ait igitur Tribonianus, licet duæ istæ actiones de peculio & de in rem verso una quandoque formula comprehendantur, tamen duas habere condemnationes. Judex autem ante dispicere solet, an in rem domini versum sit: nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum; æstimatque peculium deducto eo, quod servus domino debet, cive, qui in potestate ejusdem domini sit, quum id quoque domino debeatur, *h. §.*, *& l. 5. §. ult.*, *l. 9. §. 2. & 3. de pec.* Si quid vero servus vicario suo debeat, id ex peculio ejus non deducitur, quia vicarii peculium in ordinarii servi peculio est: & ita Servius respondit apud Ulp. *l. 17. in fin. eod.*

eod. Ordinarius vicarii quasi dominus: ambo vero conservi. Horat. *lib.* 2. *sat.* 7.

Sive vicarius est servo qui paret, uti mos
Vester, ait, seu conservus.

§. V. Nunc de istarum actionum concursu. Cui actio quod jussu, aut institoria, aut exercitoria, aut tributoria competit, is agere etiam potest de peculio, deque eo, quod in rem domini versum est. Verum quo pacto is sibi consulere debeat, tradit h. §. Tribonianus. Et primum quidem ait, stultissimum fore, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, cujusmodi est actio quod jussu, institoria, & exercitoria, malit de peculio agere, vel de in rem verso; quum quia qui duas hasce actiones intendit, probandi onus habet, servum peculium habere, atque in rem domini versum esse; tum quoniam ambæ non sunt ad consequendum solidum comparatæ, *l.* 10. §. 2. *de in rem vers.*, *l.* 19. *de compens.* Ait deinde, cui tributoria æque competit, ac de peculio actio, & de in rem verso, expedire ei modo tributoria, modo de peculio, & de in rem verso agere; & ideo tributoria, quia in ea domini conditio præcipua non est, quum domino debitum non deducatur, *l.* 1. *de trib. act.*, in actione autem de peculio deducatur: ideo etiam de peculio, quia in hac actione totius peculii habetur ratio: at in tributoria ejus tantum mercis, qua servus fuerat negotiatus *h.* §. Possunt igitur istæ actiones concurrere, quia & possunt earum caussæ in eodem contractu concurrere. Fingo, servum institorem peculium habentem venditæ rei pretium in utilitatem domini vertisse. In hac specie ex empto actio in dominum competit ex contractu servi; sed ea tamen actio tres habet adjectitias qualitates, sicque intendi in dominum potest vel actio ex empto institoria, vel ex empto de peculio, vel ex empto de in rem verso: actor autem eligere unam potest, quumque omnes ex uno negotio fiut, una in judicium deducta, ceteræ perimuntur, *l.* 9. §. 1. *de tribut.*, *l.* 4. §. *ult. h. tit.*

§. VI. VII. & VIII. Quæ hucusque de servis, ac dominis sunt dicta, eadem de filiis, & filiabus, & nepotibus, & neptibus, & patribus, avisque, quorum in potestate sunt, intelligi ait §. 6. Tribonianus. Illud de filiisfamilias peculiariter est cautum S. C. Macedoniano, ut si quis pecuniam eis mutuam dedidit, *denegetur ei actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem, neptemve, sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint, quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit*, *h.* §. Creditori actionem Senatusconsulto *denegari* ait Tribonianus. At si creditori denegatur actio, quid opus fuit filiofam. exceptione Macedoniani consulere? Si enim exceptio est actionis exclusio, *l.* 2. *de except. præscript. & præjudic.*, ea certe actionem supponit. Rem ita explicat a Costa. Distinguit is inter exceptiones intentionis, & exceptiones actionis, quam distinctionem indigitari ait per duo illa Pandectarum capita, *De exceptionibus*, & *Quarum rerum exceptio non detur*, nam priore capite de iis exceptionibus agi ait, quæ actionem jam datam submovent: posteriore de iis, quæ oppositæ, quum petitur actio, impediunt ne detur. Hujus generis esse inquit exceptionem Macedoniani, non enim actionem jam datam supponit, sed facit, ne detur actio, quæ proinde dicitur denegari. Atque huc refert illud Ulpiani in *l.* 1. *de S. C. Maced.*, *actio petitioque denegatur*. Præstat sic sentire cum Jano a Costa, quam cum Vinnio dicere, denegari actionem, si contra Senatus-

tusconsultum factum esse appareat; quod si de eo ambigatur, exceptionem adversus actionem dari; nam apertissime obstat Ulp. *d. l. 1. §. 1.*, ubi in ambiguo denegari actionem scribit his verbis, *Si pendeat, an sit in potestate filius, utputa quoniam patrem apud hostes habet: in pendenti est, an in Senatusconsultum sit commissum; nam si reciderit in potestatem, Senatusconsulto locus est, si minus, cessat. Interim igitur deneganda est actio.* Præterea nihil referre ait Tribonianus, num adhuc sint liberi in potestate, an post acceptam mutuo pecuniam suæ potestatis effecti sint, nam initium spectatur *l. 1., l. 3. §. ult., l. 14. eod.* Ad hæc neque sexum, neque gradum, neque conditionem liberorum designat Tribonianus, ut consectaneum sit illud, idem semper jus esse, quales quales sint liberi. *V. l. 1. §. ult.* At cessare Senatusconsultum in eo, qui castrense vel quasi castrense peculium habet, usque ad quantitatem peculii, scriptum est *d. §. ult.*, & *l. 2.*, quum filiifam. in eo peculio vice patrumfam. fungantur. Prorsus autem cessare in eo, qui militiæ nomen dedit, traditum est *l. ult. §. ult. Cod. eod.* Denique cum solum hoc Senatusconsultum offendere, Ulpianus inquit *l. 3. §. 3.*, qui mutuam pecuniam filiofam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit. *Et ideo etsi in creditum abiit filiusfam. vel ex caussa emtionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, & si stipulatus sim, licet cœperit esse mutua pecunia; tamen, quia pecuniæ numeratio non concurrit, cessat Senatusconsultum. Quod ita demum erit dicendum, si non fraus Senatusconsulto sit cogitata: ut, qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.* Nunc in occasionem, caussam, ac tempus Senatusconsulti pro meo munere inquiram. Caussas continent ipsa Senatusconsulti verba apud Ulp. *d. l. 1.*, *Quum inter ceteras sceleris caussas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, & sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis* (d) *nominibus crederet: placere, ne ei, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiifam. bonum nomen expectata patris morte fieri.* Occasionem igitur Senatusconsulto dedit Macedo. Hunc Theophilus, eumque sequutus Maranus *in Parat.* filiumfamilias fuisse arbitrantur, quod *cum æs alienum adhibuisse* Senatusconsulto scriptum sit, puta æs fœneratoribus debitum,

l. 113.

(d) *Incerta nomina interpretatur Merillius 3. Obs. 38.*, occultum fœnus, *ut Horatius loquitur lib. 1. ep. 1. v. 80. Occultum autem fœnus erat grave supra civilem modum, quod indicare videtur Horatius ibi*, Multis occulto crescit res fœnore. *Hinc* certa nomina *apud eundem lib. 2. ep. 1. exponit Porphyrius* nomina idonea ac legitima. *Macedonis (si fœnerator is fuit) incerta erant nomina, gravibus enim usuris pecuniam credebat per filiosf. post parentum obitum dissolvendis. Non videtur abludere Gerardus Noodt, qui lib. 2. de fœn. & usur. c. 13. nomina certa apud Horatium interpretatur eos, quibus tuto credi posset, quo sensu* certum *hominem dixit Cicer. 5. ad Att. ep. ult.*, incerta *vero apud Ulp. d. l. 1. quæ mala sunt. Cujacius Parat. C. & ff. ad h. tit.* incertibus nominibus credere *exponit, credere suppressa caussa mutui, celatoque titulo crediti, & tacito fœnore; atque, ut ipse loquitur,* sub tunica, & in sinu. *Ego magis ad Merillium accedo.*

l. 213. de V. S.; at vero Fabrotus aliique fœneratorem pessimum fuisse contendunt, qui *pecuniam incertis nominibus credidisse* dicitur Senatusconsulto. Et recte dici potest improbus fœnerator æs alienum adhibere, quum immodicas usuras stipulatur, sive quaternas centesimas, uti olim Scaptius, de quo Cicero *lib. 5. ep. ult. ad Att.*, sive quincuplicem centesimam, uti olim Fufidius, de quo Horat. *lib. 1. sat. 2. v. 12.*, nam quod legitimum usurarum modum excedit, *æs alienum* non improprie appellatur. Quod si Macedonem cum Theophilo filiumfam. dixeris, verba Senatusconsulti sic sunt accipienda, ut illa, *quum inter ceteras sceleris caussas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset*, ad filiumfamilias perditissimum referantur, atque unam Senatusconsulti caussam sive occasionem contineant; hæc vero, *& sæpe materiam peccandi* &c. ad fœneratorem spectent, alteramque exhibeant caussam Senatusconsulti. Id si ita accipias cum Heineccio *in Antiq. post. edit.*, non intercedo. Præcipua autem Senatusconsulti caussa fuit odium fœneratorum, *l. 40. de condict. indeb.*, in quorum *pœnam* introductum dicitur, *l. 9. §. pen. de S. C. Maced.*, & favor præterea patris, *h. §.*, unde optime colligunt interpretes, posse mulieres Vellejano renunciare, utpote in ipsarum gratiam introducto, filiosfam. Macedoniano non posse. De tempore hujus S. C. sic Tacitus 11. *Annal.* 13., *Lege lata sævitiam creditorum coercuit* (Claudius), *ne in mortem parentum pecunias filiisfamiliarum fœnori darent*, hic enim mos erat fœneratorum pecuniam filiisfam. fœnori dare collata in mortem patrum solutione. Contra Suetonius de Vespasiano inquit, *Auctor Senatui fuit decernendi, ne filiorumfamilias fœneratoribus exigendi crediti jus unquam esset: hoc est, ne post patrum quidem mortem*. Placet, quod Tortentius ad Suetonium habet, Claudii legem sub Nerone obsoletam Vespasianum restituisse; quo sensu ejus Senatusconsulti *auctor* appellatur, non enim desunt ejus loquutionis exempla. *V.* Brummerum *ad L. Cinc. 3.* Qui ajunt, Suetonium in ea re memoriam defecisse, illi diligentiam Suetonii non bene norunt: maxime quum illud constet, multo ante Imperii tempora fuisse lege vetitum, ne filiisfamilias pecuniæ mutuæ darentur, idemque pluries sub Imperio sic fecente hominum malitia Senatusconsultis confirmatum. Terentius *Phorm. act. 1. sc. 5.*

> *GE. Non ratio, verum argentum deerat. DE. Sumeret*
> *Alicunde. GE. Alicunde. Nihil est dicto facilius.*
> *DE. Postremo, si nullo alio pacto, fœnore.*
> *GE. Hui, dixti pulcre, si quidem quisquam crederet*
> *Te vivo.*

Ad quem locum Eugraphius, *Negavit licere filiofamilias mutuam pecuniam credi*. Scholiastes ad Horatium *1. sat. 2. Non licebat per Senatusconsulta tironibus fœnerari, ne bona paterna prodigerent*. Grot. *fl. spars. ad l. 1. ff. de S. C. Maced.* Petri Fabri conciliatio, quam tanti facit Heineccius, jam fuit a nobis explosa *ad tit. 12. lib. 3.* Demum illud monet §. 8. Tribonianus, licere non indirectis tantum actionibus in patrem ac dominum agere, sed etiam directis, tanquam si directe cum patre ac domino negotium gestum esset. Sic si servus tuus jussu tuo mutuam a me pecuniam accepit, non solum actione quod jussu agam contra te, sed etiam condictione ex mutuo, *l. ult. ff. pro soc.*, *l. ult. ff. quod jus.*, *l. 19. de reb. cred.*, *l. 17. §. 1. & ult. de inst. act.* At enim quid opus erat indirectis, ubi jam fuerant proditæ directæ? Tu vel dic, id factum, quo pluribus actionibus pater ac dominus tenerentur, sicque raro servorum ac filiorumfam. negotiationes fraudi essent creditoribus; vel, quod verosimilius est, dire-

directas actiones post accommodatas a Prætore indirectas prodiisse eo nomine, quod gestum cum filio aut servo jussu, aut voluntate patris vel domini, cum ipso patre vel domino gestum intelligeretur, *h. §.* Interdum etiam de rebus jam antea civili jure constitutis edicebant Prætores, arg. *l. 1. ff. commod.*

DE NOXALIBUS

Actionibus.

TITULUS VIII.

9. ff. 4. 3. C. 41.

EX maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut hominem (*a*) noxæ dedere.

1 Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, idest, servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.

2 Summa autem ratione permissum est noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

3 Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium a domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est, servus resarcierit quæsita pecunia: auxilio Prætoris invito domino manumittetur.

4 Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto Prætoris. Legibus: veluti furti ex lege duodecim tabularum, damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto Prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.

5 Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus (*b*) noxam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At (*c*) si manumissus fuerit; directo ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxiam commiserit, & is servus tuus esse cœperit, quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus, incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.

6 Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum, & eum, qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque & si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus noxiam tibi commiserit, & is postea in potestate

(a) *In vulgata est* ipsum hominem: *alibi etiam*, hunc hominem.
(b) *In omnibus Charondæ Codicibus est*, noxiam.
(c) Aut si *habent Charondæ Codices.*

te tua esse cœperit, intercidit (*d*) actio: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus, aut alienatus fuerit, servus ullam actionem contra dominum habere potest.

7 Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis, & fœminis admisere: nova autem hominum conversatio hujusmodi adsperitatem recte respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum, & maxime filiam, in noxam alii dare: ut pene per filii (*e*) corpus pater magis, quam filius periclitetur? quum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: quum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filiosfamiliarum pro suis delictis posse conveniri.

(d) *Ita legisse videtur Theophilus. Ita etiam habent quidam Charondæ. Vulgata habet*, interdicitur.

(e) Tò filii *abesse debet, uti abest a Theophilo; quod & monuit Accursius*.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit. usq. ad* §. III. Non modo ex contractibus, sed ex maleficiis (*a*) etiam servorum in dominos agitur, atque ut ex contractibus, ita ex maleficiis actiones indirectæ dantur, & magis actionum adjectiones (*b*), quam

(a) *Id de privatis delictis intelligendum, ex publicis enim noxales in dominos dari, publica disciplina vetat. Unde eorum nomine servi ipsi tenentur, l. 12. §. 4. de accusationibus, & inscript. Imo quandoque ex privatis etiam delictis in servos ipsos agitur, puta de albo corrupto, l. 7. §. 1. de jurisd., de damno in turba dato, l. 4. §. pen. ff. de vi bon. rapt., & de damno ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata, l. 1. de incend. ruin.. Verum hæ actiones non pœnas pecuniarias spectant, quibus teneri non possunt servi, sed eo spectant, ut eorum corpora torqueantur. Labuntur autem, qui noxales esse ajunt privatas tantum actiones ex privatis delictis descendentes, non populares, aut publicas, nam sunt privatæ quædam non noxales, ut tres modo descriptæ; & sunt quædam populares noxales, cujusmodi est actio de dejectis, & effusis per servum ignorante domino, l. 1. §. 1., l. 5. §. 6. de his, qui dejec. & popularis de sepulcro violato, l. 3. §. pen. de sepulcr. viol.. Noxales igitur & non noxales non genus delicti, sed lex ipsa distinguit, quæ alias noxales fecit, alias non fecit. A Costa hic.*

(b) *Hinc in libris juris actio noxalis furti, l. 2. §. 1. h. t., noxalis de dolo, de damno injuria, arborum furtim cæsarum, l. 6. ad exhib., l. 9. §. 4. de dol. mal., l. 19. & 28. h. t., l. pen. commod., l. ult. C. de furtis, l. 7. §. pen. ff. arbor. furt. cæs.*

quam propriæ actiones sunt. Quæ ex delicto competunt, *noxales* dicuntur, nam si servus furtum fecerit, aut bona rapuerit, aut injuriam commiserit, domino damnato permittitur aut litis æstimationem sufferre, aut hominem noxæ dedere, *pr. h. t.* *Noxam* esse inquit §. 1. Tribonianus ipsum corpus, quod nocuit, id est, servum ipsum; *noxiam* ipsum maleficium. Hoc nomine eum *animal Linguæ Latinæ imperitissimum* vocat Hotomanus, cum quo sentiunt Salmasius, Loensis, & alii, quod inauditum sit, *noxam* esse corpus, quod nocuit. Et sane veteres sic loqui solitos constat, *noxæ dedere*, ut vel ipse Tribonianus *pr. h. t.* loquutus est, *ad noxam dare*, *in noxam dare*: quæ loquutiones jam satis ostendunt, *noxam* non esse hominem, qui nocuit. Verum non jure vapulat Tribonianus, nam & in lege 12. Tab. scriptum est, *Dominus noxam dedito*, male enim eo loco legit Festus, *noxæ dedito*, ut bene Marcilius ad *LL. 12. Tab. c. 62.*, & veteres Jurisconsulti, quorum in Latino sermone haud est contemnenda auctoritas, *noxam dedere* dixerunt, *l. 1. ff. h. t.*, *l. 1. de his, qui dejec.*, *l. 20. §. 5. de her. pet.*, *l. 1. §. pen. si quadrup. paup.*, *l. 6. §. 1. de re jud.*; & Servius ad illud Virgilii *1. Æneid.* *Unius ob noxam* &c. *Quidam*, inquit, *noxa, quæ nocuit, noxia id quod nocuit, accipiunt*. Quid si quis noxam pro nocente dicat, ut sæpe reus ipse Latinis dictus *carcer, metallum, crimen, scelus*? Certe loquitur is ex ingenio Romani sermonis. V. Duker *de Latin. Jurisc. p. 15. seqq.* Latine igitur dicimus *noxæ dedere*, noxa pro maleficio accepta, hoc est, *noxæ nomine*, quemadmodum dicimus *damni infecti cavere*, nisi quis malit *noxam* interpretari pœnam, quo sensu Latinis dictum, *in noxam*, & *ad noxam dare*; & præterea Latine dicimus *noxam dedere*, hoc est, eum ipsum, qui noxiosus est. Noxali igitur actione dominus, nisi velit litis æstimationem sufferre, hominem ipsum dedere compellitur. Optionem domino lex dedit, quia is ex servi delicto lucrum non capit, *l. 3. §. 12. de pec.*, nec ferendum, ut in servi potestate sit delicto suo dominum ad inopiam redigere. Hinc actor eam formulam pronunciabat, *Ajo Stichum Mævii servum furto (rapina, arboribus furtim cæsis) noxiam mihi nocuisse, & Mævium aut æstimationem sufferre, aut Stichum noxæ mihi dedere oportere*: ad eundemque modum Judex, *Mævium L. Titio in x. aureos condemno, aut noxam dedere*. At ita condemnatus judicati in decem tenetur, in eumque judicati in decem agitur, noxæ enim deditio in solutione est, quæ a lege tribuitur: atque hoc est, quod Ulpianus inquit *l. 6. §. 1. de re jud.*, *judicium solius noxæ deditionis nullum esse, sed pecuniariam condemnationem sequi*. Cujac. *l. 13. Obs. c. 9.* Ea vero deditione liberatur *§. 3. h. t.*, erat enim iniquum, nequitiam servorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse, *§. 2. h. tit.* Et quamquam natura non magis peccasse videatur dominus, quod servus ejus alteri nocuerit, quam dominus navis, quæ vento perculsa navi alterius nocuit: qua comparatione Grotius utitur *lib. 2. c. 17. §. 21.*; tamen, ut frustra sint alia, quæ contra Grotium edisserit Pufendorfius *lib. 3. c. 1. §. 6.*, certe publica utilitas noxæ deditionem probat. V. Menken. *de æquitate L. L. Rom. circa noxæ dedit.*, Barbeirac. *in not. ad Grot.*, & Pufend., & Otton. *ad Pufendorf. de off. hom. & civ. lib. 1. c. 6. §. 11.* Servus autem noxæ deditus a domino suo in perpetuum abit, transitque ad eum, cui nocitum est, in ejusque bonis esse incipit, id est, bonitario ejus dominio cedit, quum deditio quiritarium dominum non faciat, *l. 26. §. ult. h. t.*, *l. 2. in fin. si ex nox. caus. ag.*, & si jure novissimo Justiniani discrimen illud inter quiritarium, & bonitarium dominium sit omnino sublatum, *l. unic. C.*

de

de nud. jur. Quirit. toll. Quod si damnum ei, cui deditus est, servus resarcierit quæsita pecunia, auxilio Prætoris invito domino manumittetur, *d.* §. 3. Species hæc plane singularis, ejusque ea ratio, quod jam prior dominus dedendo servum, quem poterat data æstimatione litis apud se retinere, domini animum deposuit, jamque posteriori, qui satisfieri sibi petiit, servus quæsita pecunia satisfecit. V. Cujac. *lib. 13. Obs. c. 9.*, & *lib. 21. c. 8.* Pecuniam comparabit servus aut defraudato genio, ut dictum *tit. præc.*, aut mutuo a cognatis in caussam manumissionis accepto, qua de re dictum etiam alibi.

§. IV. Noxæ deditio est ex lege 12. Tab., ibi, *Dominus noxam deditœ*: tum leges aliæ, & Prætorum Edicta noxæ deditionem comprobarunt, unde Tribonianus §. 4. constitutas ait noxales actiones aut legibus, aut Edicto Prætoris. Legibus, veluti furti lege 12. Tab., damni injuriæ lege Aquilia: Edicto Prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum. Accursius, eumque sequuti Cujacius, Contius, & Charondas noxalem furti actionem ex lege 12. tab. interpretantur actionem furti nec manifesti, nam idemipse Tribonianus *tit. 12. pr. infr. de perpetuis, ac temp. act.* inquit, furti manifesti actionem ex Prætoris jurisdictione proficisci. Verum & nec manifesti, & manifesti furti actio ex lege 12. tab. descendit, nam tit. 12. manifestis etiam furibus sive liberis, sive servis pœnam irrogat. Neque obstat Triboniani locus *dict. pr.*, nam pœna pecuniaria ex Edicto Prætoris est. Hic vero actionis origo spectatur, non pœna. Feraud. Adduens. 2. *Explicat. 35.*

§. V. & VI. Regula juris est, noxam caput sequi, hoc est, noxalem actionem ipsum servum noxæ auctorem, quocumque abeat, sequi *l. 20.*, *l. ult. h. t.*, *l. 1. C. eod.*, *l. 21. in fin. ff. commod.*, *l. 1. §. 18. ff. depos.*, *l. 1. in fin. de priv. delict.*, *l. 18. de furt.*, *l. 4. C. an serv. pro suo fact.* Unde Ædilicio Edicto cautum, ut *qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus, errove sit, NOXAVE SOLUTUS non sit*, *l. 1. §. 1. de Ædilit. Edict.*, ne servi nocentis emtor noxali judicio teneatur. Eadem regula locum habet, servo manumisso, *d. l. 1. §. 18. ff. depos.*, *& d. l. 4. C. an serv. pro suo fact.*; quoniam vero manumissus sui juris fit, extingui noxæ deditionem, & directo ipsum teneri, ait §. 5. Tribonianus, perinde ac si tempore noxæ liber fuisset, *l. 15. de condict. furt.*, *& d. l. 4.*, sicque actio initio noxalis manumisso servo directa fit, quemadmodum ex adverso si quis post delictum servus tuus esse incipiat, noxalis fit actio contra te, quæ initio directa erat in servum, *cit.* §. Quod vero servus ex contractu in servitute inito ne manumissus quidem tenetur, *l. 1. 2. & 5. Cod. eod.* excepta peculiari specie in *l. 5. C. eod.*; id nihil obturbat; qui enim cum servo contrahit, contrahere cum ipso domino videtur, ut proinde agere cum eo debeat, quem initio spectavit: at noxæ servi conscius non est dominus, ut proinde debeat pœna caput ipsum servile sequi; & sequitur quidem tempore servitutis, nam noxæ dedi pœna est. Ne pecuniariam pœnam subeat, status ipse servilis facit: quem obicem ut primum amovit manumissio, directa in eum actio rectissime intenditur. Hæc vera sunt, si servus extraneo nocuit, nam si domino suo noxiam commisit, actio nulla nascitur jure potestatis, *l. 1. C. h. t.*, & *l. ult. C. an serv. pro suo fact.*, nec post commissam noxiam aliud domino est reliquum, quam nocentem *domi convenire*, ut belle dictum in *d. l. ult.*, hoc est, verberibus castigare. Hinc duo consequuntur, I. si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum novo domino actionem esse, quemadmodum si quid

do-

dominus in servum commisit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus; ullam actionem contra dominum habere potest. II. si alienus servus tibi noxiam commisit, & is postea in potestate tua esse cœpit, intercidere actionem, quia in eum casum deducta est, in quo consistere non potuit, *l. si alienus 37. h. t., d. l. ult. C. an serv. pro suo fact.*

§. VII. Hæc novo jure de servis scripta sunt. Sed hoc idem veteres in filiisfamilias utriusque sexus admisere, *l. 5. pen. de O. & A., l. 3. §. 4. de lib. hom. exhib. & h. §.* Facit & locus Papiniani apud Auct. Collat. *LL. Mosaic. & Rom. tit. 2. §. 3.* ad quem vide Pithœum, & Persei Orationem apud Liv. *lib. 40.* Filiosfam. noxæ dedebat pater jure potestatis, quæ olim Quiritarium dominium erat, ut late traditum *lib. 1. ad tit. 9.* Erat tamen olim maximum inter servos & liberos noxæ deditos discrimen, nam servi deditione in potestatem ejus, cui fuerat nocitum, ita transibant, ut servi ejus fierent, liberi vero serviebant quidem, sed non fiebant servi, erantque proprie addicti homines, quos liberos fuisse contra Salmasium probat nostra *de Addictis* dissertatio, ubi fusissime de hac re. V. Cujac. 13. *Obs. 9.* Nova autem hominum *conversatio*, inquit hic Trib., hoc est, posteriorum temporum usus eam adsperitatem sustulit, filiis enim noxæ deditis pater magis periclitari quam filius videbatur, & præterea filiarum pudicitia in periculum adducebatur.

SI QUADRUPES PAUPERIEM fecisse dicatur.

TITULUS IX.

9. *ff.* 1.

ANimalium nomine, quæ ratione carent, si qua (*a*) lascivia, aut fervore (*b*), aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est. Quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex duodecim tabularum scripta est, ut puta (*c*), si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Ceterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit a domino, & si nocuerit, non potest quondam dominus conveniri: quia desiit (*d*) dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem (*e*) ad noxalem pertinent actionem.

1 Ce-

(a) *Charonda Codices habent*, siquidem.
(b) Fervore *omnes Charonda. Male vulgo* pavore. *V. Comm. nostr.*
(c) *Verba*, si equus *&c. in quibusdam Codicibus literis majoribus scripta leguntur. Perperam factum, haud enim sunt legis 12. tab. verba. Vide quoque super eorum trajectione Cujac. 14. Obs. 11., & Hot. 1. Obs. 13.*
(d) *Alibi*, desinit.
(e) *Alibi*, Hæc sunt quæ: *alibi*, Hæc quidem,

1 Ceterum sciendum est, Ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aptum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit, & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod (f) bonum, & æquum judici videtur; tanti dominus condemnetur: ceterarum vero rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

(f) Quanti *apud Theophil.*, *& in MS. quibusdam.*

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Bruta injuriam non faciunt, *quia nulla est injuria nisi a consilio profecta*, ut bene Seneca *2. de ira 26.*, sed *nocere nobis possunt, ut ferrum, & lapis.* Hinc recte Jurisconsulti animantia bruta facere pauperiem ajunt, nam *pauperies*, ut est apud Festum, *damnum dicitur, quod quadrupes facit.* Animalium igitur nomine, quæ ratione carent, si qua lascivia, aut fervore, aut feritate sine culpa domini pauperiem fecerint, noxalis in dominum actio lege 12. Tab. prodita est, qua tenetur dominus, nisi noxam sarciat, id est, damnum præstet, animal in noxam dedere, hoc est, vivum tradere, *l. 7. de nox.*, *quia ita lex 12. Tab. scripta est*, quæ est ratio ejus juris a Triboniano hic tradita de more veterum Jurisconsultorum, qui, quum de jure certo agebatur, legem ipsam pro ratione laudabant. Exemplum habes in *l. 12. §. 1. qui & a quib. man.*, & alia apud Julium Rufianum *De figur. sent. v. apophasis.* Noxalis hujus actionis origo a Mosaica lege de bove petulco *Exod. 21. v. 28.*, unde & lex Solonis (a) de cane in noxam dedendo apud Plutarchum in *Solon. c. 40.*, & lex demum 12. Tab. profecta. (b) Verba legis Decemviralis fuere hæc, *Si quadrupes pauperiem faxit, dominus noxiæ æstimiam offerto, si nolit, quod noxit dato*, *l. 1. pr. §. 1. & 2. h. t.* De quadrupede scripta lex est, unde hanc actionem verbo uno *quadrupedariam* dixere Basilica *lib. 60. tit. 2.*, nec nisi *quadrupedis* in Digestorum & Codicis rubrica

---

(a) *Ait Paulus lib. 1. sent. tit. 15.*, Quod etiam lege Pesulania de cane cavetur. *In libro Lutetiæ edito curante Almarico Bouchardo biennio ante Basiliensem Sichardi editionem legitur*, Pesolonia. *Cujacius vero mavult*, Solonia, *ac spectare hunc Pauli locum inquit Solonis legem de cane. Hanc Jacobi Cujacii conjecturam probat Ant. Augustinus de LL. Rom.*, *ex eaque Pauli textum restituit Rittershusius. Verum eam non satis probat Schultingius ad Paul.; quum quia vocis terminatio magis Romanam eo loco proponi, quam Atticam legem suadet; tum quoniam non est verisimile, Paulum eo libro, quo juris Romani elementa quam brevissime tradit, ad Atticam legem digredi voluisse. Præstat igitur communem lectionem tenere, legemque Pesulaniam interpretari Plebiscitum incertæ ætatis Pesulano quodam auctore factum, quo generale jus 12. Tab. de quadrupedibus ad canes etiam productum.*

(b) *Non est tamen, cur de legis Decemviralis ratione quisquam desperet,*

ca fit mentio. Quod si bipes animal pauperiem fecerit, cujus rei exemplum in gallina exhibet Plutarchus *lib. de cohib. iracund.*; utilis actio in dominum datur, *l. 4. ff. eod.* Sed non omnes quadrupedes lege Decemvirali comprehensæ, unde proditam lege 12. Tab. actionem ait Tribonianus earum quadrupedum nomine, quæ *lascivia*, aut *fervore*, aut *feritate* pauperiem fecerint. Lascivia est, quam in hominibus petulantiam & insolentiam dicimus. Fervor est naturalis in venerem impetus: & male in nonnullis Codicibus est *pavor*, nam pavor esse potest aliunde quam a natura, ut a panno rubro: quo casu Aquilia locum habet, ut bene monet ad *h. l.* Marcilius. *Feritas* non est hic *genitalis* feritas, ut loquitur Trib., id est, nativa, (ad hanc sententiam Trebatius apud Gel. *lib.4.c.1.* mulierem *a principio genitali* sterilem dixit, unde non video, cur dubitet Hotomanus, num pro *genitalis* legendum potius sit, *ingenita talis*) nam ferarum bestiarum nomine non datur hæc actio, h. §., & *l. 1. §. 10. h. t.*, sed feritas vitio quodam contra naturam, hoc est, contra naturalem mansuetudinem contracta, quo pertinent exempla equi calcitrosi, & bovis cornu petere soliti, quibus utitur Tribonianus, & præterea illud, *Hæc actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet.* De feris bestiis nihil a Decemviris cautum, forte quia veterum Romanorum frugalitas ferum illud animantium brutorum genus ad spectacula potius factum, quam ad usum vitæ habere non patiebatur, quæ conjectura est Jani a Costa.

§. I. Sed crescente in dies Romanorum luxurie feræ bestiæ ludorum caussa, vel ad speciem frequentes Romam advectæ, unde Juvenalis *sat. 7. v. 76.*

Nec defuit illi,
Unde emeret multa pascendum carne leonem
Jam domitum. Et Lact. *lib. 6. Div. inst. c. 12.* *Unde feras pascis, pauperes ale.* Hinc sapienter Ædiles utpote viarum curatores edixerunt, ne quis canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi haberet, qua vulgo iter fieret: & si adversus ea factum esset, nocitumque libero homini, quod bonum & æquum judici videretur, tanti dominus condemnaretur: ceterarum rerum, quanti (c) damnum datum esset, dupli. Tribonianus h. §. Quod Ædilibus tribuit Tribonianus, id Prætori tribuit Paulus *l. 1. sent. tit. 15. §. 2.*, *Feram bestiam in ea parte, qua populi iter est, colli-*

---

ret, etsi enim naturalis ratio vetet, ne bruta pœnam subeant, quod nihil intelligant, haud tamen vetat, ne dominus, qui ex brutorum usu lucrum sentit, damnum quoque sentiat: & æquius est, ut animantis bruti factum detrimento sit domino suo, quam alii. Interdum ad terrorem bruta pœnis subjecta. V. Otton. ad Pufendorf. de off. hom. l.1.c.6.§.12.

(c) *At vero aliam pœnam proponit Paulus lib. 1. sent. tit. 15. §. 2.* Feram bestiam in ea parte, qua populi iter est, colligari Prætor prohibet. Et ideo sive ab ipsa, sive propter eam ab alio alteri damnum datum fuerit, pro modo admissi extra ordinem actio in dominum, vel custodem datur, maxime si ex eo homo perierit, vel fuerit læsus. *Sed acute deprehendit Schultingius, pœnam tantummodo extraordinariam a Paulo proponi, quæ alibi in jure non reperitur, non pecuniariam, qualis ea est, quam Ædiles constituerunt. At*

colligari (*d*) *Prætor prohibet*. Prætorem eo loco pro Ædili accipi, scribit Cujacius ad Paul., in Edicto enim perpetuo ceteris Edictis Prætoris Ædilitia quædam Edicta accesserunt, ut non male quod Ædilitium est, Prætorium quoque dicatur, inquit a Costa ad h. §. Ædiles de cane etiam edixerunt, nempe de cane *acri*, ut Phædrus loquitur 3.*fab.*7.*v.*8., unde merito sit ab eo metuendum. Hinc si qui olim mordaces canes domi haberent, ad ædium parietes adligabant, inscribebantque januis, *Cave canem*. Popm. *de oper. serv. v. ostiarii*, Putean. *pr. dier. genial.* Festive dictum a Varrone in *Eumen.*, *Quod hodie mea est prælitio, in janua cave cave canem inscribi jubeo*, nempe ut ea inscriptione qui ad se erant prandii caussa venturi, deterrerentur. Varronis etiam Menippæa satyra est *Cave canem* inscripta, qua maledicos homines perstringit. Jam præter Ædilitiam noxalem, datur quoque in dominum noxalis de pauperie, nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit, *h.* §., & *l. pen. de O. & A.*, *l. nunquam* 130. *de reg. jur.*, *l.* 2. *de priv. delict.*, quod verum est, si non idem sit factum, hoc est, si in eadem re duo facta concurrant, ut in hac specie, V. Cujac. 8. *Obs.* 24. Verum haud constare sibi videtur Tribonianus, qui *pr. h. t.* scripsit, si genitalis sit feritas, qualis est feritas ursi, ac leonis, actionem de pauperie cessare. Ajunt nonnulli, cum Ædilitia noxali concurrere actionem de pauperie non directam, sed utilem, modo bestia quæ nocuit, adhuc sit in potestate: cessare vero eam actionem, si fera domini manum evasit. Ita Marcilius & Vinnius hic. Aliud visum Jano a Costa ad hunc §. quem vide.

At quid illud est? Prætor extraordinariam pœnam infligit, quum tamen eam coercitionem Prætores aut Ædiles utpote mero imperio destituti infligere non potuissent, sed Præfectus Urbi Romæ. Difficultas facile removetur, si ea verba, Et ideo &c. *non accipiuntur tanquam consectanea eorum*, Feram bestiam &c. *Priora verba Prætorium, seu Ædilitium Edictum continent: posteriora pœnam extraordinariam*. *V. Schulting. ad Paul.*

(d) *Consuevere Romani feras noctu dimittere, interdiu colligare*. *Var. de re rust. lib.* 1. *c.* 21. *Canis apud Phædrum lib.* 3. *fab.* 7. *v.* 18,

Quia videor acer, adligant me interdiu.

DE IIS, PER QUOS AGERE possumus.

TITULUS X.

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicæ caussa abessent, quive in eo-

rum cujus tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat: cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus, & ætas, & necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ caussæ sæpe hominibus impedimento sunt, quo minus rem suam ipsi exequi possint.

1 Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, imo plerunque eo ignorante constituitur. Cuicunque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur.

2 Tutores, & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Antiquissimis Romæ temporibus nemo poterat alieno nomine judicia agitare: quod adeo verum erat, ut ne vocato quidem in jus, cui morbus ævitasque vitium esset, a judicio abesse, ac vicaria uti alterius opera liceret, *Si in jus vocato* (ajebant Decemviri apud Gell. *lib.* 20. *c.* 1.) *morbus ævitasve vitium esset* (*a*), *qui in jus vocabit, jumentum* (h. e. vehiculum) *dato: si nolet, arceram* (i. e. plostrum tectum undique & munitum) *ne sternito.* (*b*) Neminem igitur pro alio agere voluerunt Decemviri (*c*) Græcos in hac re, ut in multis, imitati: quod tradit Quintilianus *lib.* 2. *c.* 17.; fuitque jus illud ita scriptum, diuque servatum Romæ, primum, quia si agere per alium liceret, quod nobis sententia judicis cederet, id per extraneum adquireretur, quod in jure absurdum, §. 5. *per quas pers. adquir.*, *l.* 126. §. 2. *de V.O.*, *l.* 73. §. *ult. de R.J.*; deinde quia, quum veteri more institutoque Romanorum actiones omnes, atque exceptiones in stipulationem deducerentur, debuisset procurator extraneus alieno nomine stipulari: quod non licebat per leges, *l.* 38. §. 17. *de V.O.* Addunt & tertiam rationem nonnulli, quibus novissime subscripsit Heinec. *in Antiq. ad h. t.*, quia erant actiones omnes certis formulis solennibusque verbis conclusæ, erantque formulæ ita conceptæ, ut unusquisque quod suum esset, petere posset; ut vero peteret quis alteri debitum, nulla erat prodita jure civili actio. At vero tertia hæc ratio haud satis apta videtur mihi, minus enim proprie de jure 12. Tab. dijudicamus ex formulis actionum, quas nonnisi post constitutum jus illud excogitatas acce-

---

(*a*) *Aliæ Gellii editiones habent*, Si in jus vocat: (*i. e. actor*) si morbus ævitasve vitium esset, *nempe, in jus vocato. Hanc lectionem ex editione Aldi retinuimus ad tit. 6. pr.*

(*b*) *Caput hoc 12. Tab. sic legi posse scribit Hotomanus*, jumentum dato, si volet, arceramve sternito. *Sed & ipse Hotomanus addit, sequutum fuisse Gellium priorem scripturam hoc sensu*, Si nolet arceram sternere, ne sternato sed jumentum tamen det: *qui sensus satis est bonus.*

(*c*) *Verum quid caussæ est, cur jure etiam Pandectarum, quo jure frequens erat Procuratorum usus, diserte cautum sit*, neminem alieno nomine lege agere posse; *ut scriptum est apud Ulpianum l. 123. de R. J.? Video ego interpretum plerosque locum hunc Ulpiani sic accipere, neminem posse pro alio agere, quia actiones sunt actiones legis, l. 2. §. 6. de O. J., quæ proinde nec diem nec

accepimus. Agi alieno nomine olim poterat tribus tantum de caussis, *pro populo, pro libertate, pro tutela, pr. h. t.*, quod favor Reip., libertatis, ac tutelæ induxit, præterquamquod neque civitas universa judicio adesse, nec servus, nec pupillus potest. Ridendus hic Theophilus, qui, quod Tribonianus ait hic de tutela, accipit de duobus, qui de tutela disceptant, quum pro tutela agere sit hic agere nomine pupilli. Tutelam pro pupillo dixit etiam Masurius Sabinus *lib. 3. juris civilis* apud Gellium *lib. 5. c. 13.*, *In officiis apud majores ita observatum est, primum tutelæ, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini*. Tractu temporis lata est Romæ lex Hostilia, qua pro iis, qui Reip. caussa aberant, quique erant apud hostes, furti nomine agi permissum est, & ideo tantum furti, quia, ut suspicatur Hotomanus, neque tam facile homines ad ceteras injurias absentibus inferendas impelluntur, quam ad furtum, cujus absente domino summa facultas est, & quasi proposita impunitas, nec tam difficile reversi homines ceteras injurias persequuntur, quam furtum. Legis Hostiliæ auctor, ac tempus ignoratur. Pacius in notis marginalibus eam tribuit A. Hostilio, qui anno Urbis 580. cum A. Attilio Consulatum gessit. Certe ea ab aliquo Hostilio est: plures autem Hostilii Consules in Romana antiquitate occurrunt. V. *l. ult. de Legat,* Josephi Nerii opinio *1. Analect. 36.*, Hostiliam ab Hoste dictam, quod nomine eorum, qui apud hostes essent, agi per eam liceret, quodque apud Tribonianum hoc loco complures antiqui Codices *lege Hosti li* habeant, non, *lege Hosti lia*; Criticis risum, mihi stomachum quoq; facit. Anne enim, qui Reip. caussa abessent, in manu hostium erant, ut iis etiam Hostili lege consuleretur? Quod vero in compluribus libris scriptum est, *lege Hostili*, id vel librariis vitio vertendum, vel *τὸ Hostili* explicandum *Hostilii* de more veterum Latinorum, quod Nerius ipse non diffitetur. Tandem quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœpisse homines, addit Tribonianus; per procuratores litigare; & ne procuratores aliis adquirere viderentur, quod a Romano jure abhorrebat, finxerunt Jurisconsulti; *dominium litis* in eos transire, id, est, *facultatem quandam, vi cujus actio ita alicujus propria videretur, ut illam quasi suo nomine movere posset, ac peragere, l. 4. §. 3. ff. de alienat. jud. mutand. caus., l. 4 §. fin. de appellat.* Ait autem Macer *d. l. 1. §. ult. de appell.*, procuratorem *lite contestata* dominum litis effici, nam litis contestatione quasi contrahi cum adversario videbatur. V. Rævard. ad *l. 84. §. quoties, de R. J.*, & Boehmer. *Dissert. de domin. lit. c. 12.*

§. I. Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, imo

---

nec conditionem, nec procuratorem admittunt. At locus ille sic acceptus cum jure Pandectarum non congruit. Satius est igitur eum in hanc sententiam interpretari cum Marcilio, neminem posse alieno nomine apud Magistratum agere actu aliquo legitimo, ut adoptare, emancipare, manumittere, in jure cedere, idque genus alia expedire, quæ inter actus legitimos enumerantur, l. 77. de reg. jur. Atque hæ non simpliciter actiones, sed legis actiones dictæ, l. 4. de adopt., l. 2. de off. Procons., l. 1. de off. jurid., & actus legitimi, d. l. 77. Et lege agere dicebatur, & qui apud Magistratum agebat, & Magistratus ipse. Cujac. 16. Obs. 15. Ulpianus igitur non de actionibus nomine alieno, sed de actionibus legis nomine alieno intelligendus est.

imo & plerumque eo ignorante constituitur; cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur, inquit h.§.Trib. Nulla ad procuratorem constituendum solennitate est opus: satis est, si ei dominus procurationem permittat, qui enim sine mandato gerit, is negotiorum gestor est, *l.* 1. *de procur.*, *& tot. tit. de neg. gest.* Sunt tamen nonnulli, qui jure singulari procuratores sunt sine mandato, *l.* 35. *&* 40. §. *ult. de procurat. & defens.* Alii a Procuratoribus erant Cognitores, de quibus apud Paulum 1. *sent.* 2., & *in Cod. Th.* Eos sic distinguit Cujacius ad Paulum, Procurator caussam agit absente litigatore, Cognitor litigatore præsente, idque ex Festo, & Asconio colligi ait. Verum, ut recte observat Schultingius, nihil opus fuit, ut cognitor litigatore præsente caussam ageret. Festus id tantum inquit, cognitori caussam a domino præsente committi: quo facto bene is poterat abesse, uti non obscure tradit Cic. *pro Rosc. c.* 11., ad quem locum id ipsum monet Jac. Menard. Facit illud Horatii *lib.* 1. *sat.* 5. *v.* 38.

- - - - - - - Ire domum, atque
Pelliculam curare jube, si cognitor ipse.

Eo potius a procuratore distabat cognitor, quod cognitor caussas status ageret, alias quascumque procurator. Donatus ad illud Terent. *Eunuc h. act.* 4. *sc.* 7. *v.* 35.

Principio eam dico esse liberam, civem Atticam,
Sororem meam

In tria, inquit, officium defensionis suæ divisit, in ADSERTORIS: principio eam dico esse liberam, in COGNITORIS: civem Atticam, in FRATRIS: meam sororem.

§. II. De tutoribus & curatoribus constituendis dictum *lib.* 1. *tit.* 13. *& seqq.*

DE SATISDATIONIBUS.

TITULUS XI.

2. *ff.* 8. 2. *C.* 57.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus, quæ satisdatio appellatur *judicatum solvi*. Unde autem sic appelletur, facile est intelligere. Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset (a) judicatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem, qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero si in rem agebat, satisdare jubebatur, rem ratam dominum habiturum. Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores vero & curato-

(a) *Vulgata fuisset: in nonnullis duo illa desunt.*

ratores eodem modo, quo & procuratores satisdare debere, verba Edicti faciebant: sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.

1 Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo (*b*) satisdaret: quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, *judicatum solvi* satisdare non cogebatur.

2 Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod in judicio (*c*) permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem, vel satisdationem (*d*) pro qualitate personæ suæ dare compellitur.

3 Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur, eodem observando, & si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.

4 Si vero aliquis convenitur, si quidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per *judicatum solvi* satisdationem (*e*) solenni stipulatione firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus *judicatum solvi* satisdationis clausulis. Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur: sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse, quam heredes ejus obligentur. Alia insuper cautela, vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicium veniet: vel si non venerit, omnia dabit (*f*) fidejussor, quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

5 Si vero reus præsto ex quacumque caussa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire; nulla differentia inter actiones in rem, vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen, ut satisdationem *judicatum solvi* pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam, ut jam dictum est, alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.

6 Quæ omnia apertius, & perfectius a quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

7 Quam formam non solum in hac Regia Urbe, sed etiam in omnibus nostris

(*b*) *Non est, cur Hot. malit*, omnino *contra omnium Cod. fidem*. *Communis lectionis bonus est sensus*. *V.Com.*

(*c*) Pertinebit *in quibusdam Charonda*.

(*d*) *V.Comm.nostr.*

(*e*) *V.Comm.nostr.*

(*f*) *V.Comm.nostr.*

stris provinciis, etsi propter imperitiam forte aliter celebratur, obtinere censemus: cum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, idest, hanc regiam urbem, ejusque observantiam sequi.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Satisdare Jurisconsultis proprie est aliquem *datis fidejussoribus* securum facere, *l. 1. qui satisd. cog.*, *& l. 3. C. de V. S.*, etsi reliquæ cautiones veteribus ante Pandectas ignotæ vel per nudam promissionem, vel per jusjurandum, vel per pignora satisdationes etiam quandoque appellentur, *l. 25. de const. pec.*, *l. 49. de solut.*, *l. 61. de V. S.* Satisdationum autem modus, inquit *pr. h. t.* Tribonianus, alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim si in rem agebatur, satisdare possessor debebat, ut, si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus. Idemque multo magis satisdare cogebatur is, qui nomine possessoris judicium accipiebat, *pr. h. t.*, *& l. 46. §. 2.*, *& l. 53. de proc.* In hanc igitur sententiam stipulabatur a possessore, vel ejus defensore actor, ut solveretur sibi, quod fuisset judicatum, unde dicta ea satisdatio judicatum solvi. Ejus stipulationis formulam dat Brissonius *5. de Form.*, *Si ea res secundum me heredemve meum a Sempronio judice, quive in ejus locum substitutus erit, judicata erit, quod ob eam rem te heredemve tuum dare, facere, præstare oportebit, quanti ea res erit, dare spondes?* Quod si reus nollet satisdare judicatum solvi, possessio in actorem transferebatur, *l. 1. C. uti poss.*; Paul. *lib. 1. sent. tit. 11. §. 1.*, quo tamen loco agit Paulus de satisdatione, quam præstat hereditatis possessor ei, qui petit hereditatem, ut proinde de satisdatione judicatum solvi accipi is locus non debeat; quum enim actio in rem generalis erat, veluti, hereditatis petitio, reus de non minuenda hereditate cavere tantum compellebatur, erat enim verendum, ne interea is caussæ diffidens deteriorem possessionem faceret, tecta dissiparet, & culta desereret, ut bene Asconius in *Ver. 3.* Discrimen hoc inter generalem & specialem rei vindicationem adstruit a Costa ex Ulpiano in *l. 5. de her. pet. D. Pius rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere, nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus restitutione satisdare*, hoc est, satisdare judicatum solvi: quam satisdationem præstare possessor non compellitur, nisi si quid velit ex hereditate distrahere. *Caussa autem cognita, & si non talis data sit satisdatio, sed solita* (male alibi, *solida*) *cautio*, hoc est, cautio de non minuenda hereditate, *etiam post litem cœptam deminutionem se concessurum Prætor edixit*. Ipse autem, qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur; cur enim satisdaret actor, qui non damnatur? procurator vero ejus, si in rem agebat, satisdare jubebatur, rem ratam dominum habiturum: quæ satisdatio *de rato* dicitur; periculum enim erat, ne iterum dominus eandem litem inferret. Verum hac satisdatione opus non erat, ubi procurator domini mandatum proferebat, *l. 1. C. de procur.*, *l. 3. §. 2. ut in poss. leg.*, *l. 65. de procur.*, *& l. un. pr. Cod. de satisd.*, satis enim mandato sese prodit voluntas domini, neque est, quod sibi deinde metuat reus. Neque obstat, quod Ulpianus scribit *l. 40. de procur.*, qui mandatum domini non habet, repelli, quamvis de rato offerat cautionem,
nam

nam loquitur Ulpianus de personis sanguine conjunctis, in quibus mandatum non exigi ait, additque, etsi nihil sit opus eis, ut habeant voluntatem vel mandatum, opus tamen esse, ne contraria voluntas probetur, quamvis de rato offerant cautionem. Ipsa conjunctio facit, ut, nisi evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interveniunt, non repellantur. Alii, si mandatum proferant, jam plus cautionis reo præstant, quam qui cavent de rato. Si vero mandatum non extet, aliqua tamen suppetat probabilis ratio, unde voluntas domini probetur, in hac demum specie necessaria est cautio de rato; ad quem sensum explicandus hoc loco Tribonianus arg. *l. 3. §. 2. ut in poss. leg.*, *& l. 1. C. de procur.* Nec solum actoris procurator, sed & tutor, & curator eodem modo satisdare jubebantur; generaliter enim Prætor edixerat: *Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat: & ei quo nomine aget id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu*. Sed aliquando his agentibus satisdationem remissam, inquit Tribonianus: idque sensim benigna prudentum interpretatione obtinuisse, scribit a Costa ob textum in *l. 23. de adm. tut.* ubi Ulpianus *vulgo observari* ait, ne tutor caveat, ratam rem pupillum habiturum: quæ duo Ulpiani verba usum contra legem introductum explicant, videbatur enim Prætor de iis Edicto cavisse, qui alienis sese negotiis miscent, non de iis, qui pro munere suo agunt. At post nonnullos alios Vinnius, falsam esse ait Triboniani enuntiationem, idemque de tutoribus & curatoribus dicendum contendit, quod de procuratoribus dictum, nempe tum demum satisdare de rato debere, quum de ipsis ambigitur, *d. l. 23. de adm. tut.* Hæc ita erant, si in rem agebatur.

§. I. Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, hoc est, si is nomine suo agebat, de rato non cavebat; cavebat tamen is, si alieno, *l. 33. in fin. de proc.*; ab ejus vero parte, cum quo agebatur, siquidem alieno nomine aliquis interveniret, *omnimodo* satisdabat, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur: quæ regula est juris, *h. §.*, & *l. 46. §. 2.*, *l. 53. de proc.*, & *l. in eo, quod de R. J.*, ut errasse Alphenum Jurisconsultum appareat, quod *negavit, æquum esse, procuratorem satisdare, quod reus satisdare non deberet, si adesset*. Cic. *pro Quinct. c. 7.* Ait Trib., *omnimodo*, hoc est, sive sine mandato, sive etiam cum mandato, *l. 1. in fin. C. de satisd.*, *l. 21. ff. rat. rem hab.* Hæc de cautione de rato. Cautio autem *judicatum solvi* non præstabatur ab eo, qui suo nomine actionem in personam suscipiebat, quod secus fuisse in judicio reali jam diximus. Discriminis ratio hæc videtur esse, quod actione in personam cum eo agimus, cum quo contraximus, ut proinde si initio fidem ejus nullo fidejussore adhibito sequuti sumus, ex postfacto duriorem facere ejus conditionem non liceat: contra actione in rem cum eo agimus, qui nullo jure nobis est obligatus, ut merito liceat eum ad satisdationem compellere, ne is rem, quam possidet, caussæ diffidens faciat deteriorem. Probabilis quoque est ea ratio, quod actione in rem corpus, actione in personam quantitas agitur. Hæc nunquam perit: illud vitio possessoris deterius fieri potest, & vero etiam perire. Hinc in lite vindiciarum, qui rem tenebat, *nihil se deterius in possessione facturum* satisdabat, Asconio teste ad *Verrin. 3.*

§. II. Hæc omnia jure veteri: aliud placuit jure novo. Reus enim sive in rem actione conveniatur, sive personali suo nomine, *nullam satisdationem pro litis æstimatione* dare compellitur, hoc est, non debet cavere *judicatum solvi*, sed pro sua tantum persona, *quod in judicio permaneat usque*

ad

ad terminum litis. Verba hæc accipere videtur Heineccius in *Antiqu. ad h. t.* de cautione *judicio sisti*: quæ etiam fuit sententia Glossæ, & quorumdam veterum Interpretum. Sed male, nam ea cautione id agebatur, ut judicium reus acciperet, atque in judicium veniret, proindeque ante acceptum judicium interponebatur, *l. 15. ff. rat. rem hab.*, & ante contestatam litem committebatur, *l. 10. §. 2. si quis caut.*; ut proinde si reus promisso non staret, minus proprie litis desertor, proprie desertor vadimonii diceretur. Cautio de permanendo in judicio usque ad terminum litis nova cautio est, videturque constare ex cautione *judicio sisti*, & ex una ex clausulis cautionis *judicatum solvi*, quæ est *de re defendenda*. Trifariam vero nova hæc cautio præstatur, vel jurejurando, vel nuda promissione, vel satisdatione, hoc est dato fidejussore, quo sensu *satisdationem* in specie passim usurpant Jurisconsulti *l. 1. qui satisd.*, *l. 3. C. de V. S.* Spectanda est igitur personæ ratio. Illustres personæ jurando cavent, *l. 17. C. de dign. lib. 12.* Jurant quoque tenuiores, adduntque illud juramento, non potuisse se locupletes fidejussores reperire, *auth. generaliter*, *C. de Episc. & Cler.* Nuda promissione cavent rerum immobilium possessores ex communi interpretum sententia, alioqui nullus esset nudæ promissioni locus, etsi pauci quidem, in quibus est Everardus Otto ad *h. §.*, eam opinionem rideant, quum soli Clerici in nonnullis caussis tantum promittant, *l. 25. §. 1.*, *l. 33. §. 3. Cod. de Episc. & Cler.*, *l. ult. Cod. de sport.* Vid. *l. 1. de cust. reor.* Ceteri omnes datis fidejussoribus satisdant. (a) Communis etiam est sententia, posse juratoria cautione defungi, qui fidejussores invenire non potuerunt, modo id primum jurati affirment, tum juratoriam cautionem præstent: laudantque in hanc sententiam interpretes secundum caput *Nov. 112.* Verum nihil est eo capite statutum de cautione judicio sisti: tantum agitur de satisdatione ab actore præstanda pro litium impensis. Olim reus, qui fidejussorem non inveniebat, in carcerem conjiciebatur, & in sequentem postulationis diem servabatur in jure sistendi caussa. Probat id Rævardus ad LL. 12. Tab. *c. 5.* Plauti testimonio in Persa *act. 2. sc. 4. v. 18. SA. Vadatur hic me, PÆ. Utinam vades desint, in carcere ut sis.* Idem tempore Justiniani usurpatum adstruit Gerardus Noodt *lib. 2. Obs. c. 20. ex l. 19. C. de test.*, ubi Justinianus, *Si quando invitos testes in pecuniariis caussis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, siquidem sua sponte fidejussionem suæ personæ sine damno præstare velint, hoc fieri: sin autem noluerint, nam carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus. Si enim pro toto litis certamine jurijurando testium credendum esse putaverint hi, qui eos produxerint: multo magis præsentiam suam testibus sacramento eorum credere debent.* Quibus verbis contineri ait Noodtius exceptionem in testibus ea ratione, quod absurdum sit, quibus jurantibus creditur pro toto litis certamine; ipsis non credi jurantibus, certo die se judicio adfuturos testimonii gratia. Quumque hæc sit in testibus exceptio, stare adhuc conjicit Noodtius veterem regulam in reis. V. Noodtium *loc. cit.*

§. III.

(a) *Huc pertinent verba illa Triboniani*, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur, *ut male Hotomanus ex quorundam veterum librorum auctoritate* vel satisdationem *expungat.*

§. III. Quod si per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur, actoris procurator, si mandatum extet, non satisdat, *l. 65. de procur.*, si de mandato ambigatur, de rato cavet, *l. 1. C. de proc.*, si mandato caret, non admittitur, *l. 35. ff.*, *l. 21. C. de proc.*, nisi vel dominus sit præsens, nam domini præsentia pro mandato est, vel procurator sit persona conjuncta, vel particeps litis. V. Brenkman. *Euremat. Modest. c. 2.* Idemque jus est, si per procuratorem lis inferatur a pupillo, vel adulto auctore tutore, vel consentiente curatore, *l. 11. C. eod.* Quod ait h. §. Tribonianus, procuratorem actoris satisdare compelli, nisi *præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit*, id accipit Marcilius de confirmatione per satisdationem, nam judiciales satisdationes personarum confirmationes sunt, *l. 2. §. 3. C. de jurej. propt. calumn. Nov. 113. c. ult.*

§. IV. Si vero quis convenitur, si quidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam *per judicatum solvi satisdationem* (b) *solenni stipulatione* firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus judicatum solvi satisdationis clausulis, inquit *h. §.* Trib. At quid rei est hoc, *dominum procuratoris sui fidejussorem existere?* Hoc perinde est, ac sui fidejussorem esse: quod absurdissimum est, *l. 21. §. 2. ff. de fidejuss.* Cujacius hunc locum in jure singularem dicit. Alii fidejussorem interpretantur expromissorem, ut in *l. 30. §. 1. de pact.* Sed expedita res est. Procurator, ut supra dictum, lite contestata fit dominus litis, unde in personam ejus concipitur sententia, *l. 28. de proc.* Recte igitur pro eo dominus ipse fidejubet, nam sic fidejubere pro alio videtur. A Costa hic. Dominus igitur, si velit procuratorem suum satisdationis onere liberare, pro eo satisdabit judicatum solvi vel in judicio, vel extra. Sed & duas alias cautiones dare dominus debet, quas paullo obscurius exprimit *h. §.* Tribonianus. Alteram proponit his verbis, *Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur: sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit: ut tam ipse, quam heredes ejus* (multi Codices habent, *sui*) *obligentur.* Si prius illud ἄνω, *ubi & de hypotheca* &c. sic restituatur, *ubi & de hypotheca rerum suarum cavere compellitur*, sensus erit planus, nempe, debere reum bona sua hypothecæ opponere. Alteram proponit his verbis, *Alia insuper cautela, vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicio invenietur* (vulg., *in judicium veniet*, quam lectionem male minus rectam dicit Everardus Otto, quum eam clare confirment, quæ continuo sequuntur, verba): *vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.* Hæc verba nonnulli post Accursium ad procuratorem referunt, hoc sensu, debere procuratorem rei ad eum modum cavere, laudantque in eam sen-

(b) *Ita plerique Codices. At vero MS. omnes Contii & Charondæ, & quidam alii, quos vidit, ac sequutus est in priore editione Cujacius, habent,* satisdationis solennes stipulationes: *ad quem etiam modum loquitur Theophilus. Sunt autem solennes illæ stipulationes idem quod satisdationis judicatum solvi* clausulæ, *ut inquit h. eod. §. Trib., quæ erant de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, l. 6. ff. judic. solv.*

sententiam Theophilum, apud quem est, *a procuratore*. Verum id verbum, quod in Curtii versione Gothofredo probata extat, in Græco textu non est; & vel ipse hujus §. contextus palam facit, cautionem illam venturum se in judicium tempore sententiæ recitandæ ab ipso reo domino litis præstandam esse dato ad eam rem fidejussore, qui, si is non venerit, omnia dabit, quæ condemnatione continentur. Unde etiam patet, vocem *fidejussor*, quam Codex Charondæ Dionysianus non habet, quamque Cujacius in *not. prior.* expunxit, quod absurdum videretur, procuratorem pro reo præsente cavere; omnino esse retinendam, ut vel ipse Cujacius in *not. post.* retinuit, maxime quum ea apud Theophilum extet, & respondeat *satisdationi*, quam paullo ante meminerat Tribonianus. Hotomanum, qui ex Theophili auctoritate legit, *vel ipse*, *vel fidejussor*, ac fidejussorem ita additum inquit, ut ordinis beneficio abrenunciarit, falsum in ea re esse, ostendit Bachovius, quum quia absente reo non est ordinis beneficio locus: tum quoniam Justinianus post editas demum Institutiones beneficium illud indulsit *Nov.* 4. 1. quæ duo vera sunt.

§. V. VI. & VII. Si vero reus præsto ex quacumque caussa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire, sive in rem, sive in personam agatur, potest id facere, modo satisdationem judicatum solvi pro litis æstimatione præstet, *h.* §., *& l. un. C. de satisd.* Aliud est igitur alieno nomine agere, aliud aliquem defendere. Nemo præter paucos lege exceptos sine mandato agere pro alio potest; id enim incivile est: at publice interest, absentes a quocumque defendi, *l.* 33. §. 2. *de proc.* Reus quidem videre debet, num a falso procuratore conveniatur, potest enim dominus rursus cum eo agere: at reum ab hoc vel illo defendi actoris nihil interest, qui satisdatione defensoris satis est tutus, defensor enim, ubi satisdedit, lite adhuc non contestata fit dominus litis, & judicati actione tenetur, *l.* 76. *de proc.*, *l.* 61. *eod.*, *& l.* 4. *de re jud.* Accedunt duo illa haud certe prætereunda, unum, quod nemo sit, qui defendi recuset; at non quilibet velit agere: alterum, quod qui alium defendit, deteriorem facere conditionem ejus non possit; possit tamen, qui pro alio agit. Hinc habes, labi Gothofredum ad Theophilum, qui ad §. 2. *h. t.* scribit, procuratorem sive actoris, sive etiam rei satisdare debere, rem a domino ratam haberi. Plane id de procuratore rei falso affirmatur, nam is solam judicatum solvi satisdationem præstat. Quæ omnia usu ipso & exercitatione forensi clarius addiscuntur, § 6. *h. tit.* Demum ait §. *ult.* Tribonianus, eam satisdationum formam & Romæ, & in Regia Urbe, hoc est, Constantinopoli, & in omnibus Imperii Provinciis servandam esse.

DE

DE PERPETUIS, ET TEMPORALIBUS actionibus, & quæ ad heredes, & in heredes transeunt.

TITULUS XII.

4. C. 1.

HOc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege, Senatusve Consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere: donec factæ constitutiones, tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria Prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsius Prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, idest, usque ad finem ex constitutionibus introductum: quales sunt eæ, quas bonorum possessori, ceterisque, qui heredis loco sunt, adcommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur: absurdum enim esse existimavit, anno eam terminari.

1 Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut a Prætore dantur, & in heredem æque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei (a) non competere, veluti (b) furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur, excepta injuriarum actione, & si qua alia similis inveniatur (c). Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit: veluti quum testator dolose versatus sit, & ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & heredibus dantur, & contra heredes transeunt.

2 Superest, ut admoneamus, quod si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere, licet in ea caussa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet: & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.

(a) Tò rei *in quibusdam Charondæ non legitur, ut neque in Theophilo.*
(b) Tò veluti *non habent Charondæ Codices.*
(c) *Theophilus hoc loco regulam addit*, Ex contractibus venientes actiones heredibus, & in heredes dantur. *Quo factum ut ea verba in Triboniani textum inferant nonnulli: sed bene Fabrotus ad Theophilum monet, ea esse a Triboniano ableganda.*

R 2 COM-

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Quod reliquum videbatur ad absolutam de actionibus tractationem, ut quænam perpetuæ essent, quænam temporariæ, & præterea quænam heredibus, & in heredes darentur, studiosis legum adolescentibus traderetur; id *h. t.* exequitur Tribonianus. Et principio quidem ait, eas actiones, quæ ex lege, sive Consulari, sive Tribunitia, Senatusveconsulto, aut ex sacris Constitutionibus proficiscuntur, antiquitus perpetuo datas. Quum enim civile jus perpetuum esset, nec usquam obligatio tempore perimeretur, *l. 44. §. 1. de obl. & act.*, actiones quoque eo jure proditæ perpetuæ erant. Contra inquit Tribonianus, Prætorias actiones intra annum vivere solitas ea ratione, quod ipsius Prætoris annuum esset imperium. Tandem vero, addit, *sacræ Constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt*. Verum quo primum tempore id factum? Certe, quantum ex libris juris constat, Principes ab Hadriano jus antiquum in hac parte abrogarunt, instituta primum longi temporis præscriptione, cujus prima apud Cajum, & Julianum mentio *l. 13. §. 1. de jurej.*, *l. 54. pr. de evict.*, *juncta l. 76. §. ult. de contr. emt.*, *& l. 21. de usurp.*, tum præscriptione annorum 30. ex *l. 3. C. de præscript. 30. an.* de cujus auctore dubitatur (a): sicque

---

(a) *De præscriptione tricennali Constitutionem habemus in l. 3. C. de præscript. 30. an., quam Cujacius lib. sing. de præscript. c. 30. Theodosio Magno tribuit: at lib. 18. Obs. c. 26. Theodosio juniori adscribit. Prioris sententiæ momentum hoc est, quod Theodosius II.,* qui junior *appellatur, & Valentinianus Nov. de 30. ann. præscript. om. caus. opp. ejus præscriptionis auctorem faciant Theodosium* patrem, *quo nomine antecessores Imperatoribus dicti, ut Antoninus Alexandro l. ult C. de edend., & eidem Valentiniano Honorius in eadem Nov. V. quoque Valentiniani Nov. de Episc. jud. Hinc inscriptio dict. l. 3., quæ talis est,* Honorius, & Theodosius Augusti Asclepiodoto Præfecto Prætorio; *sic ex Codice Theodosiano restituenda,* Theodosius A. *Posterioris sententiæ momenta duo sunt, unum, quod ea Constitutio sit Asclepiodoto directa, cui suas dirigere constitutiones Theodosius junior consuevit: alterum, quod in sua Nov. de 30. ann. præscript. scribat Valentinianus, in Constitutione* Theodosii *Magni fuisse verbum,* Omnia, *quo nulla actio excluderetur: quale tamen verbum nullum est in d. l. 3., nec in l. 1. C. Th. de act. cert. temp. fin. Hinc etsi de tricennaria præscriptione ab Theodosio Magno cogitatum aliquid, constitutumque concedatur, nusquam tamen extat ea constitutio, & forsan ea, quæ conjectura Cujacii est, nunquam fuit in Occidente perlata, nec perferri potuit Eugenio successore Imperii Occidentalis. Posteriorem hanc sententiam multo verosimiliorem existimo. Nec quidquam obturbat, quod in Nov. de præscr. Theodosius junior, & Valentinianus de Theodosio patre ajunt. Nam licet ejus Novellæ titulus utrumque Imperatorem præferat, id eo factum, quia tum simul Imperium habebant. Ceterum ea Novella solius Valentiniani est: quod satis prodit subscriptio. Et quoniam Valentinianus suo tantum nomine loquitur, vere inquit, hujus præscriptionis auctorem Theodosium patrem fuisse, nam ejus socer*

sicque actionibus in rem decennio, actionibus in personam tricennio praescriptum, *l. 2. C. si advers. credit.*, *l. 2. C. de praescript. long. temp.*, *& d. l. 3. C. de praescript. 30. annor.* Novi juris ea fuit ratio, ut aliquis litibus poneretur modus, & aliquando possessores tuti essent: quod plane Reip. intererat. At enim vel ante Hadriani tempora, & inde usque a legibus 12. Tab. actioni in rem in re mobili anno, in re soli biennio praescriptum, liquet. Vero; sed id non eam habebat caussam, quod in rem actio temporaria esset: actioni praescribebatur usucapione, quae si forte non procederet, non erat ambigendum, perpetuas esse actiones. Post sacras autem Constitutiones tempore finiri coeperunt, eoque sensu civiles omnes tam in rem, quam in personam *perpetuae* dictae sunt, quod longissimo tempore, hoc est, 30. annorum spatio perimerentur: adeo longum id spatium Jurisconsultis est visum: unde & *γενεὰ generatio* Graecis dictum, & *brevius seculum* Servio ad Virgil. *lib. 8. v. 508.* Sunt tamen civiles quaedam actiones, quae ad annos etiam quadraginta protenduntur, quales sunt omnes judicio semel inclusae, *l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.*, & hypothecaria, si in debitorem ipsum, heredemve ejus rei obligatae possessores intendatur, *l. 7. §. 1. C. de praescript. 30. ann.*, *& d. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.*; nam si alius ab alterutro possessor sit, & bonae fidei, 10. aut 20. annorum: si malae fidei, 30. annorum praescriptionem opponit, *l. 1. & 2. C. si adv. cred.*, *l. 7. pr. C. de praescr. 30. ann.* Denique rebus Ecclesiae, & piis caussis annis 40. praescribitur. *Nov. 109. & 131.* Contra & si Praetoriarum actionum sic ferret ingenium, ut nonnisi intra annum valerent, fuere tamen exceptae nonnullae, &, sic ferente publica utilitate, in perpetuum productae, idest, ut Tribonianus exponit, *usque ad finem ex constitutionibus introductum*, quales esse ait Tribonianus, quas bonorum possessori, ceterisque, qui heredis loco sunt, Praetor accommodat. Hae sunt possessoria hereditatis petitio, & fideicommissaria petitio hereditatis, de quibus duo sunt in Pandectis capita. Excipiuntur actiones, quibus rescinditur aliquid jure civili validum, *l. 35. in fin. de obl. & act.*, ut est actio aestimatoria, & redhibitoria, quarum priori sex, alteri duobus mensibus praescribitur, *l. 21. & 38. de aedilit. edict.* Actio de dolo, cui praescribitur biennio, *l. ult. C. de dol. mal.* Restitutio in integrum, quae finitur quadriennio, *l. ult. Cod. de in integr.* Querela inofficiosi, quae quinquennio finitur, *l. 8. §. ult. de inoff.* Sunt tamen & aliae, quae odium illud rescissionis non habent, ut quum actioni in rem, si mobilis sit, triennio, si immobilis, 10. vel 20. annis praescribitur, *pr. tit. Inst. de usucap.*, & actioni de peculio post emancipationem anno, *tit. ff. quando de pecul. act. ann. est.* Quantum ad actiones poenales, si Praetoriae sunt, annales sunt, quia Praetoris officium annale est, unde Ciceroni *lex annua* dicitur, excepta furti manifesti, quae est perpetua non ea ratione, quia quum furti nec manifesti actio perpetua esset

---

fecer fuit: qua etiam ratione Theodosius junior Valentinianum appellat filium Nov. 1. & 2. Ad eundem sensum explicatur ejusdem Valentiniani dictum in Nov. 12. de Episc. jud.: quod & visum Aniano Theodosiani Codicis Epitomatori ad tit. 8. De Ephesine Legislatore, qui primus tricennali praescriptioni vigo rem legis imposuisse dicitur Alexandro III. in cap. 5. de praescript. vide Gonzalez, & Everardum Ottonem Praefat. tom. 3. Thesaur. p. 3.

esset leg. 12. Tab., perpetua etiam esse debuit furti manifesti, quæ gravior est, ut nonnullis est visum; sed quia absurdum videbatur, actioni furti præscribi, quum nulla sit jure civili furtivæ rei præscriptio §. 2. *de usuc. lib.* 2., & maxime quia furti manifesti actio, etsi Prætoria sit quantum ad pœnam, origine tamen ex jure Decemvirali est, ut dictum ad §. 4. *supr. de noxal.* Facit *l.* 1. §. 1. *ff. si is, qui test. lib.* Perpetuæ etiam sunt actiones aliæ pœnales Prætoriæ, quæ cum furti actione affinitatem aliquam habent, cujusmodi sunt actio arborum furtim cæsarum, *l.* 7. §. 6. *ff. arbor. fort. cæs.*, actio rerum amotarum, *l.* 21. §. 5. *ff. rer. amot.*, actio de effusis, & ejectis, *l.* 5. §. 5. *de his, qui effud.*, actio de servo corrupto, *l.* 13. *pr. de serv. corrupt.*, actio contra nautas caupones stabularios, *l.* 7. §. *fin. nautæ caup.* Est igitur id sedulo attendendum, num actiones origine civiles a Prætore fuerint receptæ, an ab ipso Prætore institutæ. Quo spectasse videtur mihi Tribonianus h. §., ubi ait, intra annum plerumque vivere actiones, quæ ex *propria* Prætoris jurisdictione pendent. Si vero pœnales civiles sint, sunt perpetuæ. Denique criminales accusationes 20. ann. præscriptione tolluntur, *l.* 12. *C. ad L. Cornel. de fals.* Cujac. 4. *Obs.* 14., exceptis tribus, de adulterio *l.* 29. §. 5. 6. 7. *ad L. Jul. de adult.*, de peculatu *l.* 7. *ad L. Jul. pecul.*, & ex Senatusconsulto Silaniano *l.* 13. *ad S.C. Silanian.*

§. I. Actiones in rem non dantur adversus heredem, nisi quatenus is rem possidet: actionum autem in personam aliæ dantur heredibus & in heredes, uti omnes ex contractu & ex delicto rei persequutoriæ, *l.* 49. *de obl. & act.*, *l.* 157. §. *fin. de R. J.*, ea ratione, quod heredes defunctos referunt, quorum sunt heredes; quodque is qui contraxit, non modo sibi, sed etiam heredibus cavere voluit; ac proinde heredes etiam obligare: aliæ dantur heredibus, non in heredes, uti ex delictis pœnales & rei persequutoriæ, si nihil ad delinquentis heredes pervenit, *l.* 3. *de ser.*, *l.* 10. *comm. div.*, *l.* 20. *de pœn.* expedit enim, ut pœnæ suos teneant auctores, *l.* 10. *&* 16. *de pœn.*, *l.* 22. *C. eod.* Sed neque heredibus, neque contra heredes datur actio injuriarum, *l.* 13. *pr. de injur.* quum quia hæc actio solam vindictam persequitur, nec ullo modo patrimonium minuit; tum quoniam defunctus, qui eam non instituit, eam dissimulasse videtur: quæ maxime ratio facit, ut ne heredibus quidem detur: quod ceteris pœnalibus actionibus commune non est. Huc respicit Ulpianus *l.* 28. *eod.*, ubi, *Injuriarum*, inquit, *actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur*, ut proinde nisi contestata lite ad heredes non transeat. Quod si tamen cadaveri illata sit injuria; eo casu datur heredi actio injuriarum, cujus interest defuncti existimationem purgare. Eodem jure censentur actiones actioni injuriarum similes, nempe, *Actio in factum* adversus eum, qui parentem vel patronum suum sine venia Prætoris in jus vocavit, Actio sepulcri violati; & Actio matris revocantis donationem factam liberis ingratis, *l. pen. de in jus voc.*, *l.* 6. §. *pen. de sepulcr. viol.*, *l.* 7. *C. de revoc. donat.* Nunc obscurus Triboniani locus accuratiorem interpretationem desiderat. *Aliquando*, ait is §. 1. *h. t.*, *etiam ex contractu actio in heredem non competit, quum testator dolose versatus sit, & ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit.* Est id contra regulam juris veteris, quam proponit Ulpianus *l.* 157. §. 2. *de R. J. In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est*, (Gothofredus legi mavult, *vel*) *unusquisque pro ea parte, qua heres est.* Quæ est igitur Triboniani sententia? Theophilus hunc Triboniani locum exponit exemplo actionis depositi, si enim depositum de-
fun-

functi dolo perierit, nulla actione teneri heredem ait. Idem Contio placuit, & Ottoni ad h. §. Sed nihil tam exploratum in jure, quam depositi actionem ex dolo defuncti in solidum dari adversus heredem, *l. 7. §. 1. ff. depos.*, *l. 12. de O. & A.* Nec recte depositi exemplum accipit Hotomanus de deposito miserabili, cujus actio, si dolo defuncti depositum perierit, in heredem non datur in duplum, uti in ipsum depositarium datur. Nam, ut ea sit mens Theophili, certe in heredem datur actio in simplum, quod solidum est, nam quod in depositarium ipsum in duplum datur, est id *ex accidenti*, ut ajunt, quodque ultra simplum est, ultra solidum quoque est, & poenæ loco, *l. 1. §. 1.*, *l. 18. depos.* Jacobus Cujacius 21. *Obs.* 2. hunc locum refert ad eam speciem, qua nihil ad heredem ex dolo defuncti, imo etiam nihil ad ipsum defunctum pervenit, ut proinde non sit actoris jus deminutum, ejusque actionis exemplum ponit in heredibus tutorum, quorum ignorantiæ succursum ait Paulus *l. ult. de fidejuss. tut.* Sed merito Bachovius ineptam dicit Cujacianam hanc interpretationem, primum enim confert hoc loco Tribonianus actionem ex contractu cum actione ex delicto, quæ non datur in heredem, ad quem nihil pervenit, etiamsi ex maleficio defuncti alterius patrimonium deterius sit factum: deinde jure actoris ob defuncti dolum deminuto, aliquid pervenisse ad heredem est opus, imo solidum ipsum pervenisse: postremo nihil est, cur de ea specie dubitaretur, & quidquam super ea caverent Jurisconsulti. Antonius Faber *Dec.* 76. *er.* 4. Triboniani inscitiam carpit. Sed vetus est hoc Fabri perfugium, quod cavendum ne pateat. Henricus a Suerin *repet. lect. jur. civ. c.* 1., & alii non pauci Tribonianum accipiunt non de actione ex contractu, sed de ipsa actione doli famosa, quæ est ex dolo in contractu admisso, quæque in heredem non datur: hinc *τὸ veluti* eradunt, ne quod continuo sequitur, ad exemplum proponi videatur. At quam durum est, *actionem ex contractu* interpretari actionem ex dolo in ipso contractu admisso! Bachovius & Vinnius loquutum hic Tribonianum ajunt de actione ex contractu non mera, sed de ea, cum qua delictum etiam concurrit, qualis est actio Tributoria, *l. 7. §. ult. de trib. act.* Petrus Perrennius 1. *Animadv.* 7. inter bonæ fidei & stricti juris actiones distinguit, ut in *l. ult. de fidej. tut.*, & *l. 152. § ult. de R. J.* Tu cum Bachovio & Vinnio locum hunc interpretare.

§. II. Si ante rem judicatam reus actori satisfecerit, officio judicis convenit eum absolvere, h. §., quem Burgius 14. *Eleg. fugitivum* dicit, quippe qui ad tit. *de Off. judicis* pertinere videatur. Quod Tribonianus h. §. ait, *Et hoc est, quod ante vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse*, id jure civili non est adeo generaliter accipiendum, ut judicia stricti juris non excipiantur, quoniam enim in illis judex formulæ adstringebatur, non poterat reum actori satisfacere paratum absolvere, nisi actor satisfactionem admitteret: quam tamen in actionibus arbitrariis non poterat recusare, Janus a Costa hic,

DE

DE EXCEPTIONIBUS.

TITULUS XIII.

44. ff. 1. 8. C. 36.

SEquitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut licet ipsa persequutio, qua actor experitur, justa sit; tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

1 Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti, quod non debueras (a) promittere: palam est, jure civili te obligatum esse: & actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus caussa, aut doli mali, aut in factum (b) composita ad impugnandam actionem.

2 Idem juris est, si quis quasi (c) credendi caussa pecuniam a te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum, certum est. Dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari: placet exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.

3 Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet: quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de caussa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, *Si paret (d) eum dare oportere*. Sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

4 Æque si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones: veluti si petitore deferente possessor juraverit eam rem suam esse, & nihilominus petitor eandem rem vindicet: licet enim verum sit, quod intendit, idest, rem ejus esse: iniquum tamen est possessorem condemnari.

5 Item si in judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio (e) durat: & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

6 Hæc

(a) Τὸ promittere *neque in Theophilo est, neque in nonnullis Charondæ.*

(b) *Alibi*, in factum actio. *Sed certe* τὸ actio *abesse debet.*

(c) *Ita plerique omnes, sed quidam Charondæ* τὸ quasi *non habent.*

(d) *Vulgo*, apparet. *Sed* Τὸ paret *est ex ingenio veterum formularum.*

(e) *V. Comm. nostr.*

6 Hæc exempli caussa retulisse sufficiet. Alioqui quam ex multis, variisque caussis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum, seu Pandectarum libris intelligi potest: quarum quædam ex legibus, vel ex iis, quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

7 Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ, & peremtoriæ, aliæ temporales, & dilatoriæ.

8 Perpetuæ, & peremtoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt: qualis est exceptio doli mali, & quod metus caussa factum est, & pacti conventi, quum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur.

9 Temporales, atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, quum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium. Nam finito eo tempore, non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim & dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio: neque eo judicio quidquam consequerentur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant: quum temere rem in judicium deducebant, & consumebant: qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus, sed eum, qui ante tempus, actionis, vel obligationis litem inferre ausus est, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit, ut & inducias, quas ipse actor sponte (*f*) indulserit, vel natura actionis continet, si contemserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint, ut actores tali pœna perterriti, tempora litium doceantur observare.

10 Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ: veluti si per militem, aut per mulierem agere quis velit. Nam militibus, nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur: suis vero negotiis superesse sine offensa militaris disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, quum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sanximus (*g*): ne, dum de iis altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

(f) *Quidam Charondæ habent*, forte.
(g) *Vulgo*, saucimus: *sed minus recte*.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit. usque ad* §. V. Quemadmodum olim actor a Prætore actionem, ita & a Prætore reus exceptionem postulabat. *Agit is*, verba sunt Tullii 2. *de Inv.* 20., *cui manus præcisa est, injuriarum: postulat is, quocum agitur, a Prætore exceptionem*. Si reus nullo alio addito inficiabatur, quod actor ajebat, *pura* dicebatur defensio: *conjuncta* vero, si exceptionem addebat. Sigon. 1. *de jud.* 21. *Is, qui agit*, pergit Cic., *judicium purum postulat: ille, quocum agitur, exceptionem ait addi oportere*. Exceptionis formulam dat Cicero *ibid.*, *Extra quam in reum capitis præjudicium fiat*. Erat verbum illud, *extra quam* solennis exceptionum nota. Cic. *c.* 57., *Nisi cum illa exceptione, Extra quam si velint* (male *nolint*) *fame perire*. Et *lib.* 6. *ad Att. ep.* 1. *Extra quam si ita negotium gestum est*, hoc est, *præterquam si*, vel *nisi*. Adhibebantur etiam voculæ, *si*, *nisi*, *si non*, *ac si*, *aut si*, de quibus multa Cujacius *lib.* 4. *Obs. c.* 34., & Brissonius *de Form. lib.* 5.: hinc *exceptiones* veteribus Jurisconsultis dictæ *conditiones*, *l.* 22. *h. t.* Hoc discrimen erat inter bonæ fidei, arbitraria, & stricti juris judicium positum. In judiciis bonæ fidei contestata etiam lite opponi exceptiones poterant, imo & inesse illis dicebantur, *l.* 3. *de rescind. vend.*, *l.* 84. §. 4. *de leg.* 1., *l.* 21. *solut. matrim.*, unde neque in jure erant a Prætore impetrandæ, nec formulæ includendæ, quia in illis judiciis judex formula non adstringebatur, ut dictum ad §. 28. *de act.* At in judiciis stricti juris & arbitrariis continuo post propositam actionem excipiendum in jure erat. Hinc ut primum actor formulam dixerat, *Ajo, fundum ex jure Quiritium meum esse*, excipiebatur sic, *Et ego nego, quod jam res judicata sit*: tum propositis sponsionibus ab actore in hanc formulam, *Spondesne quincentos, si fundus ex jure Quiritium meus sit?* & a reo in hanc, *Tu vero spondesne, ni fundus tuus sit, nive res judicata sit?* Prætor actionem & exceptionem includebat formulæ sic, *Si paret, fundum Mævii esse ex jure Quiritium, neque res judicata sit, condemna*. Exceptio est actionis exclusio, *l.* 1. *ff. h. tit.* Comparatæ sunt exceptiones, ait Trib. *pr. h. tit.* defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Exceptiones sunt aut civiles, quæ ex jure civili, aut Prætoriæ, quæ ex Edicto dantur. Civiles sunt exceptiones Macedoniani, Vellejani, Fori. Prætoriæ sunt doli, metus, pacti conventi, & aliæ, quarum hic septem species tanquam insigniores enumerat Trib. I. *Quod metus caussa*; qui enim justo metu coactus promisit, summo quidem jure obligatur, quia voluntas coacta voluntas est; quoniam vero liber consensus non est, actio exceptione metus eliditur, *tit. ff. quod metus caussa*, quum nihil consensui tam contrarium sit, quam vis ac metus, *l.* 116. *de R. J.* II. *Doli mali*; nam etsi dolus actoris non faciat, quominus reus teneatur, nisi dolus contractui caussam dederit; tamen actor exceptione doli repellitur. *In illis pactis*, inquit Cic. 1. *de Off.* 10., *non standum esse, quis non videt, quæ coactus, aut dolo receptus quis promiserit? quæ quidem pleraque jure Prætorio liberantur, nonnulla legibus*. III. *In factum*; quia impugnat actionem is, qui errore lapsus quid stipulanti promisit, quum non videatur consentire, qui errat; *l.* 2. §. 6. *de dol. except.*, *l.* 46. §. *ult. de R. J.* His exceptionibus *efficaces* actiones elidi ait § 1. Tribonianus, nam summo quidem jure actiones intendi recte poterant, erantque efficaces non solum origine, ut Cujacius scribit, sed etiam

iam

iam exitu, nisi exceptiones opponerentur, ut bene Joseph Ne. ius 2. *Analect.* 7. Habes hic *jus*, quod iniquum est, & *jus* dicitur; sed jus tamen illud, quod *summam injuriam* esse dixerunt Jurisconsulti: quodque Theophilus naturæ opponit, ita enim exceptionem definit *allegationem quandam reo competentem adversus actionem, quæ, si jus spectes, efficax sit, si naturam, citra injuriam ad effectum perduci nequeat.* IV. *Non numeratæ pecuniæ*, de qua actum supra. V. *Pacti conventi*, quæ datur debitori, qui cum creditore suo pactus est de non petenda pecunia, quam ei ex civili obligatione debebat, §. 3. *h. t.* VI. *Jurisjurandi*, nam & debitor, qui creditore deferente juravit, nihil se dare oportere, adhuc est obligatus; quia ut non pacto, ita nec juramento civilis tollitur obligatio, sed naturalis tantum, *l. 15. de except.* VII. *Rei judicatæ*, quæ competit etiam vero debitori, qui sententia judicis absolutus est ab actione, si eam actor minus intentet, uti potest, quia obligatio adhuc durat; quum sententia non sit modus tollendæ obligationis, §. *item si*, *h. tit.*

Reliqui §§. Præterea exceptiones nonnullæ sunt perpetuæ, nempe quæ in perpetuum agentibus obstant, ita ut actio de eadem re nunquam repeti possit, eæque dici etiam possunt perpetuæ, quod perpetuo durent, §. 8. & 9. *h. t.*, non enim sicut actionibus intendendis certa tempora præstituta sunt, sic exceptionibus opponendis, *l. 3. h. t.*, ne ex iis quidem caussis, ex quibus actio temporaria est, unde axioma, *Quæ temporaria sunt ad agendum, eadem perpetua sunt ad excipiendum.* Sic actio de dolo biennio finitur, tamen exceptio doli perpetuo competit; actor enim pro suo arbitrio potest suo jure uti, & experiri; sed non potest reus, quum voluerit, conveniri, *l. 42. in fin. de R. J.* Perpetuæ sunt peremtoriæ, quia actionem omnino perimunt: qualis est exceptio pacti de non petendo in perpetuum. Nonnullæ sunt temporales ac dilatoriæ, quia ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt, qualis est exceptio pacti, ne intra certum tempus agatur: quia conventione habita si actor tempore commemorato agat, dilatoriæ pacti exceptione repellitur: si pure, incidit in Constitutionem Zenonis, de qua ad §. 33. *de act.* Sunt aliæ exceptiones dilatoriæ, quæ non ex ipsa caussa, ut exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, sed ex personis descendit, ut si judex non sit *proprius*, qui Jurisconsulti *competens* dicitur, si procurator mandatum non habeat, vel si miles pro aliis postulet, aut mulier, *l. 1. §. 5. de post.*, *l. 7. C. de proc.*, *l. 31. C. de loc.* Exceptio infamiæ vel domini, vel procuratoris non obstat, §. *ult. h. t.*, qua de re in Differt. nostra *de veteri conditione Procuratorum.*

DE REPLICATIONIBUS,

TITULUS XIV.

INterdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, tamen inique noceat. Quod quum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur, atque resolvitur jus exceptionis: veluti quum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat; si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio, convenit enim ita: namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint: sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

1 Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat, quod quum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia, quæ duplicatio vocatur.

2 Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam caussam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur quæ dicitur triplicatio.

3 Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius quam diximus varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est adgnoscere.

4 Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque adcommodari solent etiam fidejussoribus ejus, & recte: quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus est eis, quod ii pro eo solverint. Qua ratione, & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt; ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his adcommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, nisi (a) bonis cesserit. Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur; ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut quum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.

(a) *V. Comm. nostr.*

COM-

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Quoniam interdum fit, ut quæ exceptio justa in speciem videtur, ea iniqua sit, merito recepta replicatio, quæ exceptionis iniquitatem veluti tectam retegit, explicatque, replicare enim Latinis est plicatum explicare. Atque hoc est, quod Tribonianus inquit; replicationem vocari, *quia per eam replicatur, atque resolvitur jus exceptionis*, seu, quod ex Theophilo Marcilius mavult, *vis exceptionis*. Hinc replicationes nihil aliud sunt quam exceptionum *exceptiones*, *l. 2. §. 1. de except.*, hoc est, *exclusiones* exceptionum, *d. l. 2. pr.*: & quamquam *a parte actoris veniant*, ut loquitur Ulp. *d. l. 2. §. 1.*, tamen magis exceptiones sunt, quam actiones, quia excipienti reo opponuntur, qui *in exceptione actor est*, *l. 1. eod.* Replicationes olim in judiciis arbitrariis & stricti juris apud Prætorem, & non dum contestata lite, in bonæ fidei judiciis etiam post contestatam litem in judicio opponebantur, idemque in replicationibus atque in exceptionibus servabatur ritus. Confer ea, quæ de exceptionibus dicta sunt. Nunc enarrandum replicationis exemplum, quo utitur Tribonianus *pr. h. t. Quum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat; si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio, convenit enim ita: namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint*: hoc est, quia nihilominus prius pactum stat adhuc, quum, non quemadmodum prior stipulatio posteriore novandi animo interposita, sic prius pactum posteriore tollitur ipso jure, *l. 27. §. 2. de pact.*, in stipulationibus enim jus continetur, in pactis factum versatur, *dict. l. 27.*: quod vero factum est, posteriore facto infectum fieri nequit, *l. 31. de R. J.*: *sed quia iniquum est*, pergit Trib., *creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento*.

§. I. II. & III. Quod de replicatione, idem de duplicatione, ac triplicatione cautum est. Exceptionem rei replicatio actoris excludit: hanc rei duplicatio, & rursus hanc triplicatio actoris, *& deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus aut actor objicit*, *d. l. 2. §. 3.*, allegationum enim ex parte actoris & rei jure civili non definitus est modus. Hæc satis perspicua sunt. Nunc in illud inquiram, cur Tribonianus *§. 1. h. t.* replicationi *duplicationem* opponat, contra vero Ulpianus *l. 2. §. 3. de except.*, & Julianus *l. 7. de curat. furios.* replicationi opponant *triplicationem*? Non desunt, qui Ulpiani locum, itemque locum Juliani ex hoc §. restituant. Sed næ isti faciunt contra omnes Codices, & præcipue Florentinum; ignorantque adeo veterum Jurisconsultorum loquutionem. Ante Tribonianum inauditum erat *duplicationis* nomen, quamque is *duplicationem*, eam veteres *triplicationem* dixere; replicatio enim secunda plicatio est, idemque quod duplicatio, unde *replicatura* in glossis Philoxeni est *ἀναδίπλωσις*; ut merito ei triplicatio sit opponenda. Marcil. hic. Ita quæ in §. 2. Triboniano dicitur *triplicatio*, ea veteribus *quadruplicatio* dicta est. Sic certe scripsit Ulpianus *d. l. 2.*, *& contra triplicationem* (quæ *duplicatio* est Triboniano) *rursus quadruplicatio, & deinceps* &c.; licet a Pisano Codice vitio librariorum absit *τὸ quadruplicatio*.

§. IV. Quibus autem sive exceptionibus, sive duplicationibus defenditur

tur reus, iisdem *plerumque* fidejussores ejus defendi, ait h. §. Tribonianus, ea ratione, *quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est eis, quod ii pro eo solverint*. Ait *plerumque*, interdum enim secus se res habet. Primum enim ratio ipsa, qua Tribonianus probat, exceptiones reorum fidejussoribus etiam adcommodari, si bene attendatur, illud quoque probat, si quando fidejussori contra debitorem mandati actio non datur, puta si fidejusserit animo donandi, aut in rem suam, aut pro invito, *l. 32. de pact.*, *l. 5. de liberat. leg.*, *l. 40. ff. mandat.*, aut in alias caussas, de quibus Cujac. 19. *Obs.* 29.; exceptiones reo competentes fidejussori non prodesse. Deinde si exceptiones non rei, seu caussæ cohæreant, quales esse Paulus scribit *l. 7. §. 1. h. t.*, *rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus caussa factum est* &c.; sed personæ, qualem esse ait idem Paulus *pr.*, *quam socius habet, quod facere possit*: *vel* quam habet *parens patronusve*; tunc ad alios non transeunt, *d. l. 7.* Exceptionis personæ cohærentis exemplum adfert Tribonianus proposita exceptione *nisi bonis cesserit*. (legendum enim *nisi* cum Theophilo, & veteribus libris, & Basilicis ad *l. 3. C. de bon. auct. jud.*, non ut vulgo legitur, *si*. V. Cujac. *Parat. Cod. eod.*) Ea exceptione se reus, qui bonis cessit, contra creditorem tuetur, non autem fidejussor ejus, *ideo quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut quum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi*, h. §.

DE INTERDICTIS. (a)

TITULUS XV.

43. *ff.* 1. 8. C. 1.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ, atque conceptiones verborum, quibus Prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat: quod tunc maxime faciebat (b), quum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

1 Summa autem divisio interdictorum hæc est: quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus Prætor vetat aliquid fieri, veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi, vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico, ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro herede, aut pro possessore possidet, ex ea hereditate (c): aut quum jubet ei, qui

---

(a) *Nonnulli ex ff. addunt*, & actionibus, quæ pro his competunt. *Sed omnes Codices obstant.*

(b) *Ita optimi quique Codices, & præ ceteris libri Contii. Vulgo*, fiebat.

(c) *Verba*, ex ea hereditate, *nec Theophilus, nec plures MS. Codices habent.*

qui vi de possessione fundi dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi: veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen, qui putent, proprie interdicta ea vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare, & prohibere: restitutoria autem, & exhibitoria, proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari: quia inter duos dicuntur (*d*).

2 Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis caussa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.

3 Adipiscendæ possessionis caussa interdictum adcommodatur bonorum possessori, quod appellatur, *quorum bonorum*, ejusque vis, & potestas hæc est: ut quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede, aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem, amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis caussa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

4 Retinendæ possessionis caussa comparata sunt interdicta, *uti possidetis*, & *utrubi*: quum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit: & ante quæratur uter ex litigatoribus possidere, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria (*e*) actio institui: quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidente petat. Et quia longe commodius est, potius (*f*) possidere, quam petere: ideo plerumque, & fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiam si ejus res non sit, qui possidet: si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio, propter quam caussam quum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem, *uti possidetis*, de fundi, vel ædium possessione contenditur: *utrubi* vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis, ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat. Nam *uti possidetis* interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat: si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem; etiam si alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret: *utrubi* vero interdicto iis vincebat, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem perti-

(d) *V. Comm. nostr.*
(e) *In Charondæ libris est*, petitoris.
(f) *Male vulgo*, commodius est & potius possidere.

pertinet, exæquata est: ut ille vincat, & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatæ tempore detinet.

5 Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus, & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet; idest, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen si non derelinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem, per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.

6 Recuperandæ possessionis caussa solet interdici, si quis ex possessione fundi, vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum *unde vi*, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem; licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possideat. Sed ex Constitutionibus sacris, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica: sed de vi privata, si sine armis vim fecerit. Sin autem cum armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta, & gladios, & galeas, sed & fustes, & lapides significari intelligimus.

7 Tertia divisio interdictorum hæc est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria: Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi, aut restitui: reus autem is est, a quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti quum Prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus aliquid fieri. Nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti, *uti possidetis*, interdictum, & *utrubi*. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus, vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet.

8 De ordine, & vetere exitu (g) interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex caussa interdicti reddita fuisset.

(g) *Hot. ritu.*

COM-

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Quum experimento compertum esset, in caussis possessionum litigatores ad arma, & vulnera, & cædes prosilire, ut Theophilus monet, publice interesse existimavit Prætor varia de iis caussis interdicta proponere, hoc est, polliceri se Edicto suo super iis interdicturum, ut vis omnis abesset præter vim illam civilem, quæ verbis fiebat, quam *sup. tit. 6.* ex Gellio, & Cicerone enarravimus. Hinc, si quando de possessione ambigeretur, litigatores ad interdictum veniebant, hoc est, ad Prætorem, qui solenni formula interdiceret. Exemplum dat Festus v. *possessio* ex interdicto uti possidetis, *Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur* (id enim sonant tres illæ notæ, *q. d. a.*), *quod nec vi, nec clam, nec precario ab altero possidetis, ita possideatis; adversus ea vim fieri veto*. Erat autem *interdicere* actoris æque ac Prætoris, eoque duplici sensu *interdicti* nomen a veteribus usurpatum. Quum *interdicta* actorum erant, quamquam latissima actionum significatione continerentur, *l. 37. de obl. & act.*, proprie tamen actio erat de proprietate, interdictum vel de vera, vel de quasi possessione. Hinc Tull. *7. ep. fam. 32. Urbanitatis possessionem, amabo, quibusvis interdictis defendamus*: & quemadmodum actio & interdictum differebant, ita petere & interdicere. Qui jus in re persequebatur, petebat: qui verò possessionem, interdicebat. *Quintil. 3. Inst. Orat. 6. Non debuisti interdicere, sed petere, an recte interdictum sit, ambigitur*. V. text. in *l. 1. §. pen. de via publ.*, *& l. 3. de tab. exhib.*, *& l. pen. ne quid in loco publ.* Quum ipse Prætor interdicere, hoc est, interdictum dare dicebatur, ut in *l. ult. pr. ff. ut in flum. publ.*, *l. 1. §. 29. de aqua quotid.*, *l. unic. pr. de fonte*, eo sensu interdicta erant formulæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor aut jubebat, aut fieri aliquid vetabat inter eos *maxime*, qui de possessione vel quasi contendebant, *pr. h. tit.* Aliter definit Theophil., aliter Cujac. in *Parat. ff. eod.*: at omnes hæ definitiones non Justinianæo, sed veteri juri conveniunt: quod & ipse Imp. ostendit his verbis, *erant*, & *jubebat*. Quare interdictum Justinianæo jure inspecto *est actio* in personam Prætoria de possessione fere vel adipiscenda, vel retinenda & fruenda, vel recuperanda. Olim interdictum erat Prætoris formula, vel, ut loquitur Theoph. *ἀπόφασις*, *Effatum*, *Pronunciatio*: nunc est actio, & quidem actio Prætoria in personam, *l. 1. in fine h. t.*, eoque a ceteris actionibus differt, quod hæ vel de rei proprietate sunt, vel de obligatione: interdicta vero *maxime*, ut Tribonianus hic loquitur, caussam possessionis continent; atque hine est, quod possessoria judicia passim dicantur, ut infra §. *ult.* Ait Trib., *maxime*, nam, Paulo teste *l. 2. §. 2. h. t.*, quædam interdicta caussam proprietatis continent: qualia esse Paulus inquit, interdicta de itinere actuque privato, de locis sacris, & religiosis, ac de liberis exhibendis. V. Cujac. ad *d. l. 2. & 5. Obs. 17. & 19.* Sed & idem Cujac. ad *tit. C. de interdict.* isthæc interdicta *proprietatis esse non possessionis*, ut ait Paulus, idem esse inquit, ac esse ea quidem possessionis, sed esse etiam proprietatis, ut si diceret, plus in eis esse possessionis, quam proprietatis; magis autem ea interdicta ad proprietatem accedere, quam cetera.

§. I. Summa autem interdictorum divisio hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria, §. 1. *h. t.*, & *l. 1. §. 1. eod.* Prohibitoria sunt, quibus Prætor aliquid fieri vetat, ut ne vis fiat ei, qui sine vitio,

vitio, idest nec vi, nec clam, nec precario possidet, *l. 1. §. 1. ne vis fiat ei*, vel quia missus in possessionem ex interdicto uti possidetis, vel utrubi, tit. *ff. uti possidetis, & tit. ff. utrubi*, aut quum vetat, ne vis fiat ei, qui mortuum inferre vult, quod religionis interfit, cadavera sepeliri, *l. 1. §. interdictum, de mortuo inf.*, vel ne in loco sacro ædificetur, aut in flumine, ripave quid fiat, cujus gratia pejus navigetur, *§. 1. h. t.*, & tit. *ff. ne quid in loco sacro*, & tit. *ff. de flum.* Restitutoria sunt, quibus Prætor aliquid restitui jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum; quæ quis pro herede, aut pro possessore possidet ex ea hereditate, aut quum jubet, ei, qui de possessione fundi vi dejectus sit, restitui possessionem, *h. §.* Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi, qualia sunt interdictum de libero homine exhibendo, quod tuendæ libertatis gratia propositum est, *l. 1. de lib. hom. exh.*, & interdictum de liberis exhibendis, quo exhiberi jubet parenti liberos, qui in potestate ejus sunt, *tot. tit. ff. de lib. exh.* Sunt tamen qui putant, addit Trib., proprie interdicta ea vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere est denunciare & prohibere; restitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari: quod veri speciem habet. Illud plane ridiculum, quod continuo subdit, *Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur*. Hotomanus emendandum censet vel *inter duo*, ut sic intelligatur decretum Prætoris, & judicium, quod ex sponsione sequitur, vel uno verbo, *interdicuntur*, quia in omnibus interdictis non minus quam in prohibitoriis per adversarios interdicitur. Magis ad rei naturam accedit emendatio Alciati, qui ad *l. 178. de V. S.* reponit, *interim dicuntur*, quod idem adstruit Isidori auctoritas, qui *5. Orig. 25.* interdicti nomen ab *interim* factum scribit, quod interim a Prætore dicatur, dum de proprietate erit disceptatio.

§. II. Altera Interdictorum divisio est, ut quædam adipiscendæ possessionis caussa comparata sint, quædam retinendæ, quædam recuperandæ. At omisisse videtur Tribonianus quartum Interdicti genus, quod certe huc pertinebat, nempe interdictum duplex tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis; Paulus enim *l. 2. §. 3. de interdict.*, ubi adipiscendæ, recuperandæ, & retinendæ possessionis interdicta recensuit, continuo addit, *Sunt interdicta, ut diximus, duplicia, tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis*. Jacobus Cujac. *4. Obs. 21.* verba hæc magni erroris suspecta esse, inquit, quum quia Paulus ait, *ut diximus*, quo verbo ostendit, se jam antea loquutum de interdictis duplicibus tam ad recuperandam, quam ad adipiscendam possessionem: de quibus tamen non est loquutus (initio enim legis id tantum Paulus dixit, interdicta *Uti possidetis*, & *Utrubi* duplicia esse; quæ tamen non ideo duplicia appellantur, quod sint & adipiscendæ, & recuperandæ possessionis, sed quia in eis uterque tam rei, quam actoris partes sustinet, *l. si duo, §. 1. uti possid.*, *l. 1. §. 2. de superf.*): tum quoniam pugnantia sunt possessionem recuperare, & simul eam adipisci, ut monstri instar sit, uno interdicto ad recuperandam, & simul ad adipiscendam possessionem agere. Suspicatur igitur Cujacius, Paulum in *d. §. 3.*, qui ejus legis est ultimus, positis interdictis retinendæ possessionis, scripsisse in hunc modum, *Sunt interdicta*, vel, ut alibi legitur, *Sunt autem interdicta, ut diximus, duplicia*: quod jam dixerat initio legis: at vero errore librariorum factum esse, ut verba illa, *tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis*, in eum §. transferrentur ex *l. seq.*, ubi ex Ulpiano nunc scriptum est, *In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro*: scribi autem debuit. *In interdictis tam recuperandæ, quam adipiscen-*

dæ

de possessionis. Et sane in interdictis retinendæ possessionis fructuum ratio non habetur, sed in restitutoriis tantum, qualia sunt adipiscendæ, & recuperandæ, *l. videamus*, §. *in Fabiana*, *ff. de uf.* Alia est Marcilii conjectura, nempe hæc, Paulum ita scripsisse, *Retinendæ possessionis sunt interdicta duplicia, ut Uti possidetis, ut diximus: simplicia tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis*, hoc sensu, simplicia quædam esse recuperandæ possessionis, quædam adquirendæ: retinendæ autem possessionis & duplicia eadem esse. Si ad Pauli locum liceret emendatrices manus admovere, Cujacii potius conjecturam sequerer, quam Marcilii. Nunc illud vetat omnium Codicum consensus.

§. III. Adipiscendæ possessionis interdicta duo, *Quorum bonorum*, & *Salvianum*. Interdictum quorum bonorum adcommodari ait Tribonianus bonorum possessori, ejusque vis, & potestas hæc est, ut quod quisque ex iis bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede, aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Bonorum possessorem exprimit Tribonianus, non heredem, juxta ipsius Interdicti verba, *l. 1. ff. quor. bonor.*, Prætor enim bonorum possessores tuetur, non heredes. Verum obstare videtur illud Severi, & Antonini in *l. 1. Cod. h. t. Quamvis bonorum possessionem ut præteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, & ad HEREDITATEM, vel bonorum possessionem admissum probaveris*. Cujacius in *Parat. Cod.* duo illa, *ad hæreditatem*, vel *bonorum possessionem*, pro eodem sumit, ut in *l. 3. §. 1. de bon. poss.*, quum frequens sit in libris juris hereditatis pro bonorum possessione acceptio, *l. 138. de V. S.*, qua de re dictum *lib. 3.* Ad eandem sententiam Gothofredus particulam *vel* in dicta *l. 1.* adjectam inquit ἐν τῷ παραλλήλῳ, quum certi juris sit, interdictum possessori bonorum dari, non heredi, qui jam civili jure est heres. Atque ita malo eum locum interpretari, quam cum nonnullis dicere, ex eo Imperatorum rescripto heredibus quoque utile interdictum dari. Jam datur hoc interdictum pro iis bonis, quæ in hereditate defuncti tempore mortis fuerunt, itemque pro iis, quæ ex his bonis usucapta sunt: quo spectant verba illa interdicti, *possideresve, si nihil usucaptum esset*, *dict. l. 1.* Datur præterea in eum, qui pro herede, aut pro possessore possidet, hoc est, in eum, qui se heredem dicit, quum tamen heres non sit, sive se heredem putet, sive se non heredem sciat, & qui aliam possidendi non habet caussam, nisi ipsam possessionem, *l. 11. 12. & 13. de her. pet.*, & datur etiam in eum, qui dolo malo pro herede, aut possessore desiit possidere: atque hunc designant verba illa interdicti, *quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere*, *d. l. 1.*, regula enim juris est, pro possessore haberi, qui dolo malo desiit possidere, *l. parem*, *l. qui dolo*, *de R. J.* Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, addit Tribonianus, quia ei tantum utile est, *qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem*. Verum sibi parum constare videtur Tribonianus, quod initio *h. §.* dixerit, interdictum hoc ei a Prætore adcomodari, qui jam bonorum possessor est: idque verum esse ostendunt verba illa Severi *d. l. 1.*; *si te defuncti filium esse, & ad hereditatem, vel bonorum possessionem admissum probaveris*. Sed expedita res est, si duplicem facias possessionem, alteram juris, alteram facti. Possessio juris est jus persequendi retinendique patrimonii defuncti: possessio facti est ipsa rerum detentio. Possessionem juris dat Prætor ex Edicto de bonorum possessionibus, *l. 3. §. 1. de bon. poss.*; possessionem autem facti ex interdicto quorum

 bono-

bonorum dat Prætor ei, qui jam possessor juris est ex Edicto, *dict. l. 1. quor. bon.* Salvianum interdictum datur domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset, eoque id locator intendit, ut, quod sibi oppignoratum est, ejus sibi decernatur possessio, si a debitore fraudetur. At nonne quod interdictum præstat, idem quoque præstat Serviana? Discrimen dat Gordianus Imp. *l. 1. C. de precar.*, ubi scribit, Salvianum interdictum tantummodo adversus conductorem debitoremve competere, Servianam autem etiam adversus eum, qui a conductore emit. Discriminis rationem belle tradit Hotomanus, quia certe favorabilior est caussa domini cum ipso colono agentis, quicum ipse contraxit, ut merito voluerit Prætor eam caussam ipse suscipere, interdictoque consulere locatori, cui æquissimum est adjudicari possessionem: ubi vero dominus cum extraneo agit, qui non contraxit cum eo, quique forsan bona fide oppignoratas res emit, ac possidet; quoniam æquius non est, ut, donec judicium exercetur, possessio adjudicetur domino, quam penes extraneum possessorem sit, Prætori visum satis actione data domino favere. Sed quemadmodum ad exemplum Servianæ pro rebus aliorum debitorum oppignoratis quasi Serviana actio instituta est, ita pro aliorum debitorum rebus ex quacumque caussa obligatis utile interdictum est introductum, *d. l. 1. C. de prec.* Gordiano videtur obstare Julianus *l. 1. ff. de Salv. interd.*, ait enim, *si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit & eam vendiderit: quod apud EMTOREM ex ea natum est, ejus adprehendendi gratia UTILE INTERDICTUM reddi oportere*; quum tamen diserte Gordianus scribat, adversus emtorem pignoris Servianam dari, non interdictum. Sed facilis est responsio. Gordianus de eo loquitur, qui a *debitore*, Julianus de eo, qui a *colono* emit. Quoniam adversus colonum datur directum interdictum, utile datur adversus emtorem: at quoniam adversus alium debitorem utile interdictum accommodatur, oportet, ut adversus emtorem competat Serviana. Salviani interdicti auctorem vulgo post Cujacium faciunt Salvium Julianum, qui Edicti perpetui auctor fuit; argumentumque in eam sententiam ducunt ex ipso nomine Salvii Juliani: argumentum sane leve, nam plures Salvia gens Prætores habuit, & Jurisconsultos, *l. 6. de legat. præst.*, *l. 14. ad S. C. Treb.* Sed & alium ab Edicti perpetui auctore interdicti Salviani auctorem fuisse, illud potissimum evincit, quod idem ipse Julianus in *d. l. 1.* Interdictum hoc *Salvianum* appellat: id quod non obscuro argumento est, nomen illud satis antiquum, ac Julianum ejus interdicti interpretem fuisse, non auctorem; si enim recens, & ab ipsius Juliani nomine sumtum fuisset, certe Julianus, cujus præcipua laus modestia, haud illud tam parum verecunde dixisset *Salvianum*, sed, ut illud ab aliis interdictis distingueret, a se propositum verecundius dixisset. Non obstat, quod in Basilicis *l. 60. t. 17. c. 28.* ea lex prima Ulpiano tribuatur. Nam & eam Latini omnes Libri Juliano tribuunt, & præterea eam tribui Juliano debere ex eo patet, quod sumta sit ex *libris Digestorum*, quos Julianum scripsisse, non Ulpianum accepimus. Restituendus est igitur Basilicorum locus, scribendumque Ἰουλ., pro quo imperitus librarius scripsit, Οὐλπ., vel Οὐλ., maxime quum capiti, quod proxime sequitur, Ulpiani nomen præscriptum sit, quum tamen si præcedentis capitis unus idemque fuisset auctor, capiti 29. illud imponi debuisset, Ὁ αὐτὸς, vel τὸ αὐτό. Alia nonnulla contra vulgarem de Salviani interdicti auctore sententiam congerit Bynkersh. 1. *Obs.* 24, quem nescio an satis feliciter refellat Wæchtlerus *Act. Lips. a. 1716. Jun.*

§. IV.

§. IV. Duo etiam retinendæ possessionis interdicta recenset h. §. Tribonianus, *Uti possidetis*, & *Utrubi*. Interdum in rei vindicationis judicio, quod in possessorem datur, ut late dictum ad §. 1. *de act.*, uterque litigantium se possidere ait, ut sic alterutrius tanquam possidentis potior conditio fit juxta juris regulam in *l.* 126., & *l.* 154. *de R. J.* In hac igitur controversia dat Prætor interdictum *Uti possidetis*, si de fundi, vel ædium possessione quæritur, interdictum vero *Utrubi*, si de rerum mobilium possessione. Quam differentiam ipsæ interdictorum formulæ demonstrant. Fest. *lib.* 14., *l.* 1. *ff. uti possid.*, *l. un. ff. utrub.* His interdictis Prætor possessionem tuetur, si nullam ea vitium habeat, hoc est, si possessor nec vi, neque clam, nec precario nactus fuerit ab adversario possessionem. *Ab adversario*, inquam, possessio enim, quæ ab extraneo est, licet vi, aut clam, aut precario habeatur, tamen contra adversarium a Prætore defenditur, *l.* 1. §. *ult.*, & *l.* 2. *ff. uti possid.* Facit *l. ult. de adq. poss.* Hæc quoque inter utrumque interdictum differentia erat posita jure veteri, quod *uti possidetis* interdicto is vindiceret, qui interdicti tempore; *utrubi* autem interdicto, qui majore parte ejus anni fine vitio possidebat, id est non precario, aut vi, aut clam ab adversario. Sed hodie quantum ad possessionem eadem est utriusque interdicti potestas, nempe hæc, ut is vincat, qui litis contestatæ tempore possidet sine vitio, *h.* §. At nonne vel ipso Pandectarum jure utriusque interdicti exæquata potestas est? Certe id diserte affirmat Ulpianus *l. un.* §. 1. *ff. utrub.* Marcilius, Vinnius, & alii nonnulli ad *h.* §. scribunt, Tribonianum jus novum Ulpiani verbis adscripsisse; maxime quum Paulus Ulpiano coævus, *l.* 5. *sent. t.* 6. §. 1. jus vetus apertissime tradat.

§. V. Possidere autem videtur non solum is, qui ipse possidet, sed & qui per alium possidet, etiamsi hic sub ejus potestate non sit, qualis est colonus, inquilinus, depositarius, commodatarius, procurator, hospes, amicus *h.* §. & *l.* 9. *de adq. poss.*: quam regulam tradit hic Trib. Qui suo nomine possidet, is proprie dicitur possidere, qui alieno, esse dicitur in possessione, *l.* 10. §. 1. *eod.*, & *h.* §. Verum Ulpianus in *d. l.* 10., ac Tribonianus hic loquuntur ex sententia Proculejanorum, qui duo illa distinguebant, unde & colonum, & fructuarium, & creditorem, cui pignus est traditum, possidere negabant, esse vero in possessione ajebant, hoc est alienæ possessioni ministerium præstare, ut dicitur in *l. quod meo* 18. *h. t.*, ejusque sententiæ id erat consectaneum, non posse duos simul possidere, quam regulam tradunt Proculiani Jurisconsulti, Labeo *l.* 3. §. *ex contrario*, *h. t.*, Celsus *l.* 5. §. *ult. ff. commod.*, Pegasus *l.* 9. *de R. V.* Contra Sabiniani omnes, qui rem detinent, possidere aiebant, sed alios naturaliter, alios civiliter, ut Sabinus *l. pupillus* 11. *de adq. rer. dom.*, & ex Sabini Schola Javolenus *l. quod servus* 24. *h. t.*, & Julianus *l.* 2. §. *quod vulgo*, *ff. pro hered.* Hinc recte poterant duo simul possidere, unus civiliter, & solo animo, ut dominus, alter naturaliter, & solo corpore, ut colonus, fructuarius &c., quod enim Proculianis erat in possessione esse, id erat Sabinianis naturaliter possidere. Utilem certe operam præstitisset Tribonianus, si veteris dissidii vestigia non reliquisset in libris juris: sed is in Digestorum compositione temporis compendio studuit, non bono Jurisprudentiæ. V. Merill. 2. *Obs.* 31. Alteram de possessione regulam proponit *h.* §. Tribonianus, nempe, etsi possessio non animo solum, sed etiam corpore adquiratur, solo tamen animo amitti, hoc est, si possidendi animus deponatur; eandemque regulam habes in *l.* 3. §. 6., *l.* 34., *l.* 44. §. *ult.* *h. t.* Obstat Paulus *lib.* 65. ad Edictum in *l.* 153. *de R. J.*, *Quibus modis adqui-*

quirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo & corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. Hanc pugnam sic dirimit Marcilius ad *h. §. Regulariter*, inquit, animo & corpore amittitur possessio, *d. l. 153.*; interdum tamen solo animo amittitur, estque hæc a regula exceptio, propter quam exceptionem adposita est in *d. l. 153.* particula *fere*. Confirmat opinionem hanc suam Marcilius verbis *d. l. 3. §. 5.*, *In amittenda quoque possessione adfectio ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, & tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti & animo solo potest*. Quæ novissima verba apertissime exceptionem continent. Sed vix est, ut exceptionem dicas, quod passim, & ad modum regulæ in libris juris occurrit, & præcipue apud Ulpianum *l. 34. h. t.* Præstat uti distinctione Bulgari, quam adeo probavit Placentinus, ut auctorem ejus *os aureum* dixerit. Si possessionis amissio ab animo incipit, puta, si qui suo nomine possidet, a fundo non discedens incipiat alieno animo possidere, ut in *l. quod meo 18*, & *l. si me in vacuam 34. h. t.*; solo animo amittitur possessio. Si vero incipiat a corpore, puta, si possessor a fundo discedat; certe non solo corpore amittitur, sed animus quoque accedat necesse est: quo spectant textus in *l. quemadmodum h. t.*, *l. fere*, & *l. nihil tam naturale, de R. J.* Hanc distinctionem respicit τὸ *fere* apud Paulum *d. l. 153.*

§. VI. Ad recuperandam possessionem propositum est interdictum *unde vi*, quod ad eos pertinere ait Ulpianus *l. 1. §. 3. de vi, & vi arm.*, *qui de possessione dejiciuntur*. Non obstat, quod idem Ulpianus scribit §. 45., *non alii, quam ei, qui possidet, interdictum unde vi competere*; nam certe legendum *possedit* cum Grotio *flor. spars. ff.*, & Rutgers. *lib. 6. var. Lect. c. ult.*: quod patet ex ipsa Ulpiani ratiocinatione, is enim dictum illud eo argumento confirmat, quod si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non possum ego hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt: quod quidem argumentum non obscure ostendit, hanc fuisse mentem Ulpiani, hoc interdictum non alii competere, quam ei, qui jam possedit, nunc vero, quod sit dejectus, non possidet. Eorum interpretatio, qui *eum, qui possidet* esse eum ajunt, qui dejectus certo potest possessionem recuperare, jam vides, quam sit inepta. Oportet igitur, fuisse aliquem de possessione dejectum, unde eum, qui neque animo, neque corpore possidebat, ingredi autem, & incipere possidere prohibeatur, verius esse, inquit Ulpianus §. 26., non videri dejectum, ut proinde injuriarum quidem actio detur ei, non interdictum. Sed Cicero tamen *pro Cæcin.*, ut serviret caussæ, clienti suo, qui prohibitus fuerat, non dejectus, interdictum competere multis contendit: & fuisse pro Cæcina judicatum, ipse Cicero videtur innuere in *Oratore*. Præterea ad eos tantum hoc interdictum pertinet, qui de solo dejiciuntur, utpote de fundo, sive ædificio, vel etiam de area, & generaliter de re solo cohærenti, ac proinde etiam de insula superficiaria *d. l. 1. §. 3. 4. & 5.*; nam pro rebus mobilibus furti actio datur, aut ad exhibendum, aut vi bonorum raptorum, §. 32. Ex constitutione Justiniani in *l. ult. C. eod.* in eos quoque hoc interdictum competit, qui vacuam rei alienæ possessionem scientes occuparunt; quum tamen jure veteri tunc demum in hac specie interdictum competeret, quum reversus dominus ingredi vetaretur, *d. l. 1. §. 24.*, & *l. 6. in fin. de adq. poss.* Cogitur hoc interdicto is, qui dejecit, restituere possessionem, (est enim hoc judicium civile, nam de criminali judicio *de vi* agetur *tit. ult.*) licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam,

clam, vel precario possideat, *h. §.*, *& l. 14. eod.*, quod secus est in interdicto *uti possidetis*: & forsan ita cautum, ne tumultus fiat. Sed Cujacius, Hotomanus, ac Duarenus 1. *Disp.* 20. hunc locum de sola vi armata intelligunt, nam in vi quotidiana docere debebat dejectus, ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec precario possederit, ut Cicero loquitur *Orat. pro Caecin.*, & plane id Paulus tradit 5. *sent.* 6., *Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur*. Sed Tribonianus nullum relinquit distinctioni locum. Vide quae de poena violentae occupationis dicta sunt ad §. 1. *de vi bon. rapt.* Illud hic moneo, quod Tribonianus inquit *h. §.*, *Sed ex Constitutionibus sacris, si quis rem per vim occupaverit &c.*, perinde esse accipiendum, ac si scripsisset, *Sed & ex*: qui loquendi modus haud rarus in libris juris, *l. 5. §. ult. ad L. Aquil.* juncta *l. 13. §. 4. ff. locat.*, *l. 9. §. 1. de usufr.* V. Comm. nostr. ad §. 4. *sup. de injur.* Locum hunc Triboniani Ulpianus illustrat *l. 1. de vi & de vi arm.*, ubi enim dixerat *l. 1.*, *Hoc interdictum proponitur ei, qui vi dejectus est*, ita §. 2. inquit, *Ne quid autem per vim admittatur, etiam legibus Juliis prospicitur publicorum & privatorum, nec non & constitutionibus Principum*. De vi publica dicendum suo loco ad *tit. ult. h. lib.* (a)

§. VII. Tertia interdictorum divisio est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplex interdictum est, quum Praetor unum adloquitur, ut in hac formula, *Unde tu illum vi dejecisti*: duplex vero, quum utrumque compellat, ut in hac formula, *Uti vos possidetis*, *l. 1. uti possid.* Fest. v. *possessio*: vel, ut Tribonianus hic, simplex est, quum alter est reus, alter actor: duplex, quum neuter proprie reus est, aut actor, sed par utriusque litigatoris conditio est. Simplicia sunt omnia restitutoria, & exhibitoria. Prohibitoriorum vero alia simplicia sunt, alia duplicia.

§. VIII. De ordine, & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere, inquit Trib. *h. §.* Ordo est ritus, & forma reddendorum interdictorum: exitus est effectus, ut in *l. 10. §. 14. quae in fraud. cred.*, & *l. 35. de adq. poss.* Male Hotomanus pro *exitu*, legit *ritu*, nam ordo ritus est. V. Gulielm. Forner. 1. *Select.* 18. Interdicta olim reddebantur de veteri more judiciorum, de quo actum late ad *tit. 6. pr.*, *l. 1. §. 2. ff. si ventr. nom.* At ex quo tempore coepere judicia esse extraordinaria, qualia fuisse omnia sub Justiniano, scribit Trib. hic; non fuit necesse interdictum reddi, sed perinde judicari sine interdictis coepit, ac si utilis actio ex caussa interdicti reddita fuisset, sublato veteri ac solemni ritu. V. *l. 1. 3. & ult. C. h. t.*, & Janum a Costa ad *h. t. pr.*

(a) *Ad hoc Romanorum interdictum proxime accedebat* ἐξούλης δίκη, *de quo Atheniensium judicio v. Suid. in* ἐξούλη, *& in* ἐξούλης δίκη, *& in* οὐσίας δίκη, *& Demosth. Orat. in Onetorem.*

DE

DE POENA TEMERE
Litigantium.
TITULUS XVI.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent, quod & nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coercetur.

1 Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex Constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti, ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes, ex quibusdam caussis dupli, vel tripli (a) actio constituitur, veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris, quam simpli est actio: veluti furti manifesti, quadrupli: nec manifesti, dupli. Nam ex his, & aliis quibusdam caussis (sive quis neget, sive fateatur) pluris, quam simpli, est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra Constitutione. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt: quod alia nostra Constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit; quia in partem decimam litis actores mulctabat, quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator, & damnum, & impensas litis inferre adversario suo cogatur.

2 Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi sunt: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus. Item pro socio, quæ ab utraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti, & recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

3 Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte Edicti proficiscitur, qua Prætor edicit de in jus vocando. Utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, idest, ad eum vocandus, qui in jus dicturus sit. Qua parte Prætor parentibus, & patronis, item parentibus, liberisque patronorum, & patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis, libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso Prætore postulaverint, & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœna solidorum quinquaginta constituit.

(a) *V. Comm. nostr.*

COM-

COMMENTARIUS.

PR. *Tit. Verecundam cogitationem ejus, qui lites exeeratur*, laudat Ulpianus *l.* 4. §. 1. *ff. de alien. jud. mut. ca. fact.* Et sane nihil magis eam caritatem lædit, qua tanquam communi vinculo civium animi continentur, quam litium multitudo. Hinc legislatori cavendum, ut *lites, ac judicia quam paucissima sint*, monet post Isocratem ac Platonem Aristoteles *in Polit. lib.* 6. *c.* 5., datumque id vitio Ægyptiis, atque Atheniensibus, quod essent litium amantes. Ammian. Marcellin. *lib.* 22. Thucydid. *lib.* 1. Romanis præter ceteros litium paucitas ac facilis exitus curæ fuit: idque eorum leges demonstrant, ac præcipue Caput hoc Institutionum, quo litigantium temeritas aut jurejurando, aut pœna pecuniaria, aut turpi nota coercetur.

§. I. Et juramento quidem calumniæ deterrentur homines à litigando. De hujus sacramenti auctore non eadem est Interpretum sententia. Veteres plerique glossographi, eosque sequutus Hubertus Giphanius ad *l.* 2. C. *de juram. calumn.* ejus auctorem laudant Justinianum, quod in *d. l.* 2. sic de eo loquatur, ut se illius auctorem non obscure prodat. At alii vel tempore Pauli sacramentum illud in judiciis usurpatum probant ex ipsomet Paulo *l. inter coheredes* 44. §. *qui familiæ* 4. *ff. fam. ercisc.*, *Et ideo jurare debent, se non calumniæ caussa litem intendere, & non calumnia caussa ad inficias ire*. Quod reponit Giphanius, fuisse Pauli textum a Triboniano interpolatum, quia phrasis illa *ad inficias ire* minus elegans videtur, quam ut possit Pauli stylo congruere, id meo quidem judicio haud est Giphanio dignum; nam primum non tanta est in Paulo, quanta in plerisque omnibus Jurisconsultis, styli elegantia, quum sæpe Græco, sæpe etiam Hebraico more scribat, ut alibi est adnotatum ex Ant. Augustino *lib.* 4. *Emend. cap.* 8.: deinde non minus Latine dicitur, *ad inficias*, quam *inficias ire*, quemadmodum Latine dicitur *Italiam ire*, & ad *Italiam*; etsi modo frequentius supprimere, modo frequentius apponere præpositionem pro varia locorum ratione consueverint Latini. Demum, si præpositio *ad* tam male sonat Giphanio, eam expungat is ex libris Florentinis, vulgatamque lectionem, unde abest, sequatur. Sed & idem Paulus *lib.* 2. *sent. tit.* 1. §. 2. ejusdem sacramenti meminit, *Deferre jusjurandum prior actor potest: contrarium autem de calumnia jusjurandum reo competit*. Accedit Senecæ locus 3. *contr.* 19. *Se in eum calumniam juraturum* (a). Verum ita se res habet. Certe Justiniano antiquius est calumniæ juramentum; sed illud tamen solus actor & in quibusdam tantummodo caussis præstabat, ut in specie Pauli 2. *sent.* 1., & in specie *l.* 13. §. 3. *de damn. infect.*, in ceteris enim actor, qui *contra jus in judicium venerat*, ut loquitur Tullius

(a) *Petitum hoc jusjurandum non a jurejurando gladiatorum, quod Turnebo visum 28. Adver. 20.; sed a jurejurando Atheniensium, apud quos actor & reus de calumnia jurabant. Et actoris quidem juramentum proprie* διωμοσία, *juramentum rei* ἀντωμοσία *dicebatur, licet quandoque actoris etiam juramentum Græci* ἀντωμοσίαν *dixerint. Demost. in Macart. Isocrat.* de bigis. *V. Pollux. in Onomastic.*

lius *pro Cæcin.*, actione calumniæ tenebatur in decimam partem litis, *h. §.*, eratque ea actio ex stipulatu, nam initio non satisdatione, sed repromissione cavebat actor, se, nisi vicisset, decimam partem ejus, quod petebat, reo præstiturum, unde *remedium repromissionis initio postulatæ* appellatur in Constitutione Diocletiani & Maximiani ad Quintianum in *Cod. Hermogen. tit. de Calumniat.* Justinianus autem Constitutione sua jusjurandum illud, & ab utraque parte, & in omnibus civilibus caussis præstari jussit. Atque hoc uno suspectus videtur mihi Pauli locus in Pandectis, quod ibi & ab actore, & vero etiam ab ipso reo de calumnia jurari debere caveatur. Reus jurat, opinari se *bona instantia uti*. Quæ Latinis *instantia*, Græcis est ἔνστασις eadem significatione, quamque Latini Rhetores depulsionem, sive inficiationem, Hermogenes ἔνστασιν, h. e., *instantiam* dixit *lib. 3. c. de invent. & c. seq.* Estque *bona instantia* idem ac *bona conscientia*, ut inquit ad *h. §.* Theophilus. Præterea ad reorum temeritatem coercendam pertinet, quod addit hic Tribonianus, adversus inficiantes *dupli vel tripli* actionem ex quibusdam caussis constitui, de quibus dictum ad §. 26. *sup. de act.* Sed quæ est ea caussa, ex qua lis inficiatione crescit in triplum? Eam se ignorare ingenue fatetur Contius. At Cujacius *not. post.* tripli actionem fuisse suspicatur actionem furti concepti vel oblati, quæ certe actiones in triplum fuere. Gell. *lib. 11. cap. 18.* Verum duo obstant Cujacio, alterum, quod non constet, nec facile constare possit, eas actiones inficiatione crevisse; alterum, quod Tribonianus de actione tripli tanquam de re præsenti loquatur, quum tamen certum sit, eas actiones jam ante Justinianum interdicisse §. 3. *sup. de obl. quæ ex delict.* Alii, ex quibus est Everardus Otto, Tribonianum respexisse opinantur ad actionem tripli in eum, qui majorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis inseruit, de qua in §. 24. *sup. de act.* Sed quis mihi ostendat, eam actionem ex inficiatione crevisse in triplum? Demum alii verba illa *vel tripli* expungunt, quod ea neque Contii, Russardi, & Charondæ Codices habeant, neque Theophilus. Scio, in veteribus nonnullis Theophili membranis ea extare; glossema tamen esse hinc liquet; quod in plerisque non extent, in aliis autem pro *tripli* scriptum sit *quadrupli*. Quæ subdit continuo Tribonianus, *Statim ab initio pluris quam simpli est actio; veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli*, eo spectant, ut intelligas diversam caussarum rationem. In damno injuria dato, in miserabili deposito, in legatis venerabilibus locis relictis duplatur inficiatione lis, eaque pœna reorum temeritas coercetur. In furto manifesto, aut nec manifesto pœna temeritatem inficiantis non coercet, *nam ex caussis his*, ait Trib., & aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Hæc de reo. Actor quoque jurat, se litem intendisse opinione bonæ caussæ *h. §.* Jam non actor solum & reus, sed & ipsi partium Advocati jurant ex alia Justiniani Constitutione, se bona fide caussam suscepisse. V. *l. 12. §. patroni, C. de judic.* Quæ omnia constituisse Imperatorem, ait hic Tribonianus, quod vetus calumniæ actio ex stipulatu in desuetudinem abiisset. Sed non video, cur scribat Tribonianus, *quod nunquam factum esse invenimus*, quum de ea mulcta certo jure cautum fuerit. Ut ut id sit, melius utilitati reorum prospectum putavit Justinianus per juramentum calumniæ, & præterea per damnationem in damnum, & sumtus litis, de qua vide *l. 11. §. 6. C. eod.* V. quoque *l. 4. Cod. de fruct. & lit. expens.*, & *Nov. 82. c. 10.* Sed & ipse Justinianus calumniæ juramento haud abolito veterem actionem restituit. *Nov. 112. c. 2.* eo addito, ut de decima satisdato vel jurato caveatur. Cujac. ad *d. Nov. & Nov. 69.* De

jura-

juramento calumniæ vide Gulielm. Forner. 2. *select.* 4.

§. II. Infamia quoque temere litigantes ex quibusdam judiciis coercet, ut si quis damnetur furti, rapinæ, injuriarum, doli mali, tutelæ, mandati, depositi, pro socio: quæ octo judicia recenset hîc Tribonianus ad exemplum, esse enim plura, quam octo, exploratum fit ex *l.* 4. §. *ult.*, *l.* 5. 6. 7. *de his, qui not. infam.*, *l.* 5. *depos.* Ait autem Tribonianus, famosum esse, qui tutelæ, mandati, ac depositi damnatur *directis, non contrariis actionibus*. Cur ita? Quia contrariis de calculo, hoc est, de impensarum ratione agitur, non de perfidia, *l.* 6. §. *ult. ff. qui not. inf.* At vero in judicio societatis, quoniam actio ab utraque parte directa est, quilibet ex sociis damnatus ignominia notatur *h.* §. Interdum etiam in judicio mandati contraria actione de perfidia agitur, proindeque damnato turpis nota inuritur, *d. l.* 6. §. *eod.* Et quoniam quatuor istos bonæ fidei contractus expressit Prætor, reliquos omisit, consectaneum est, a reliquis infamiam abesse, eaque forte fuit Edicti ratio, quia in quatuor illis sub specie amicitiæ peccatur: quod gravissimum scelus esse, ostendit Tullius *pro Rosc. Amerin.* c. 40. V. hac super re Alciat. 2. *Parerg.* 36. Freher. *de Infam.*, & Gudling. p. 2. *Obs.* c. 8. Addit illud Tribonianus, *furti, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo non solum damnatos ignominia notari, sed & pactos, plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit*. Interest autem hoc, quod de crimine pacisci est crimen fateri, *l.* 5. *eod.*, sicque damnati loco esse *l.* 1. *de confess.* modo pactum accipias eum, qui *cum pretio quantocumque pactus est; alioquin & qui precibus impetravit, ne secum ageretur, erit notatus, nec erit veniæ ulla ratio: quod est inhumanum*; ad quem modum interpretatur Edictum Ulpianus *l.* 6. §. 3. *eod.* At vero de famosa ex contractu actione *non tam turpis est pactio, quam ex superioribus*, inquit Paulus *l.* 7., forsan quia potius de eo, quod adversarii interest, habita præsumitur, quam ex conscientia doli, ut Vinnius scribit. Illud interpretes habet solicitos, num ob dolum, an ob levem etiam culpam, ex quatuor descriptis contractibus damnati infames fiant. Cujacius ex dolo tantum irrogari infamiam putavit, excepitque fiduciam, in qua pro minimis rebus, & ex levi etiam culpa turpem notam olim adspersam, scripsit. Contra Coccejus ob culpam quoque infamia notari damnatos existimavit. Sed non video, quomodo Coccei sententia dupli- ci testimonio Ciceronis juvari possit, quod visum Ottoni, altero in *Orat. pro Rosc. Amer.* c. 40., altero in *Orat. pro Rosc. Comœd.* c. 6., nam utroque loco Tullius de *fraude* loquitur, non de culpa. Non etiam video, quid Coccejo profit Edictum Prætoris in *l.* 1. *de his, qui not. infam.* Ego igitur potius ad Cujacium accedo, nam fraudis, doli, ac perfidiæ mentio est, *l.* 6. §. *ult. ff. eod.*, *l.* 5. *depos.*, §. 6. *de suspect. tut. lib.* 1. & *alibi*; neque est æquum, ut pro levi negligentia, quæ in frugi etiam homine accusari potest, *l. probrum* 42. *de V. S.*, adeo reformidanda infamiæ pœna irrogetur. Illud quoque haud est prætereundum, quod acute hic deprehendit Marcilius, vix ad hunc titulum pertinere ea, quæ Tribonianus habet *h.* §. Nam ex descriptis judiciis damnati jam infames fiunt, quia ipsa judicia famosa sunt: at erat hic agendum de infamia, quæ pœna est temerariæ litigationis, sicque non reorum infamia, de qua in tit. *ff. de his, qui not. inf.*, sed actorum calumniæ damnatorum infamia ad hunc titulum pertinebat. Sic non erat agendum hic de infamia reorum ex turpi pacto, de qua etiam in tit. *ff. de his, qui not.*, sed de infamia actorum, qui super calumnia paciscuntur, *l.* 3. §. 2. *de calumn.*

§. III. Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte Edicti proficisci, ait Tribonianus, qua Prætor edicit de in jus vocando: qua de re dictum ad *tit. 6. pr.* Ac quinquaginta solidorum pœna temeritas eorum punitur, qui personas, quibus reverentia debetur, sine venia Prætoris vocant in jus: qua etiam de re dictum ad §. 12. *tit. 6.* In eo est consistendum, quod Tribonianus inquit, actionum instituendarum principium esse vocationem in jus, potest enim hinc facile inferri, primum fuisse reos in jus vocatos, tum editam actionem. Et sane in Pandectis titulus *de in jus vocando* titulum *de Edendo* præcedit, & actor apud Plautum *Aulul. act. 4. sc. 10. v. 30.* reum vocat in jus, tum apud Prætorem caussam se dicturum ait,

Jam quidem ad Prætorem hercle te rapiam, & tibi scribam dicam.

Facit & locus Plauti *Pers. act. 4. sc. 9. v. 8.* Contra in Codice titulum *de edendo* titulus *de in jus vocando* subsequitur, atque hunc fuisse Edicti perpetui ordinem ex lib. ad Edictum Ulpiani & Pauli adstruit Cujacius *Parat. Cod. de edend.*, & 10. *Obs.* 10. V. Gothofr. in *font. jur.* Ræward. *Protrib.* 4., & Bretum *Ord. perant. jud. cap.* 26. Ita apud Terentium Æschines *Adelph. act. 2. sc. 1.*

Nam ego, inquit, *liberali illam adsero caussa manu,*
Nunc vide utrum vis argentum accipere, an caussam meditari tuam:
Delibera hoc, dum ego redeo, leno.

Janus a Costa nullam fuisse scribit necessitatem prius edendæ actionis, consuevere enim actores, ut libitum, vel primum edere, tum vocare, vel primum vocare, tum edere. Et forte honestiorum mos fuit primum edere, tum vocare, quod fecit Æschines. Etiamsi vero vocationem in jus editio præcederet, verum quoque esset, actionum instituendarum principium esse vocationem in jus, nam, quod bene deprehendit a Costa, tunc proprie dicitur actio institui cœpisse, quum reus vocatur in jus.

DE OFFICIO JUDICIS.

TITULUS XVII.

Superest, ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut Constitutionibus, aut moribus proditum est.

1 Ideoque si noxali judicio aditus (*a*) est, observare debet, ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, *Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos* (*b*) *condemno, aut noxam dedere.*

2 Et si in rem actum sit (*c*), sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei (*d*) debet, ut rem ipsam

---

(a) *V. Comm. nostr.*
(b) *In Codicibus Charonda* aureis.
(c) *Vulgata*, actum sit coram judice. *Sed alii Codices, ac Theophili paraphrasis ea verba non habet.*
(d) *In aliis* eum: *sicque Grammatica ratio videtur exposcere. Sed vide pr. tit. de fid. her. lib. 2.*

ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi caussa petere, indulgendum est ei: ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non percepit, (e) sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio penes habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumtorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumti sunt.

3 Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est: sed opus est, ut etiam rei caussam debeat exhibere, idest, ut eam caussam habeat actor, quam habiturus esset, si quum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id est ejus, quod post acceptum ad exhibendum judicium ante rem judicatam intercesserit, rationem habere debet judex. Quod si neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi caussa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat se restituturum: quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat: condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.

4 Si familiæ erciscundæ judicio actum sit: singulas res singulis heredibus adjudicare debet: & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio: debet hunc invicem coheredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hereditariam corruperit, aut consumserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque, quam duos coheredes, subsequuntur.

5 Eadem interveniunt, & si communi dividundo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo, siquidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat: partes ejus singulis adjudicare debet, & si unius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, veluti si homo (f) forte, aut mulus erit, de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus est.

6 Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari: quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit; verbi gratia, quia lapides finales furatus est,

(e) *V. Comm. nostr.*
(f) *V. Comm. nostr.*

est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur: veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

7 Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Est hic titulus de officio dati judicis, seu pedarii, de quo ætate Gellii libri extabant Græce, ac Latine scripti. Gell. *lib.* 14. *c.* 2. Et principio illud observandum judici, ne aliter judicet, quam quod legibus aut constitutionibus, aut moribus proditum est. Olim ut primum is in Comitium venerat, aram tenens, hoc est, *puteal Libonis*, de quo vide Pitiscum *in Lexic. Antiqu. Rom.*, in leges jurabat. *Ergo is*, ait Cic. *pro Flac. cap.* 36., *cui, si aram tenens juraret, crederet nemo, per epistolam, quod volet, injuratus probabit?* Formula autem erat judicaturum se *ex animi sententia*. Cic. 4. *Acad. Quæst.* 47. V. Cujacium 1. *Obs.* 21. Retinuit jusjurandum illud Justinianus *l.* 14. *C. de judic.*, & *Nov.* 113. Et forte ab Atheniensibus ritus ille ad Romanos traductus. Demosth. contra Midiam, & contra Timocrat. Æschines contra Ctesiphont. Jam vero judex in interpretandis legibus ita se geret. Si perspicua sit lex, etiamsi aliquanto adsperior videatur, tamen secundum eam judicabit. *Hoc perquam durum est*, ajebat de capite quodam legis Juliæ de adulteriis Ulpianus in *l. prospexit* 12. *ff. qui & a quib. man.*, *sed lex ita scripta est*, namque *non omnium, quæ a majoribus tradita sunt, ratio reddi potest*, Julianus *l. non omnium* 20. *de leg.* Si quid dubitationis lex habeat, ita tamen ut aliquis detur interpretationi locus, Judex se legis interpretem præstabit, præferetque semper summo juri æquitatem, Servium Sulpitium, & Cajum Aquilium sequutus, quos eo nomine laudat Cic. *Philip.* 9., & *pro Cæcin.*, quod jus ad æquitatem facilitatemque semper traducerent. Atque hoc sensu accipienda *l. benignius* 18. *de leg.* 1., *l. in omnibus* 90. *de reg. jur.*, *l. placuit C. de judic.* Demum si adeo obscura sit lex, ut judex, quid sequatur, ignoret, adeundus est Princeps, qui quum solus possit leges condere, solus potest *legum ænigmata aperire*, ut loquitur Justinianus *l. ult. C. de leg.* Huc refer *l.* 1., & 9. *C. eod.* V. Vinnium 1. *select.* 2.

§. I. Judicis officium multis exemplis enarrat Tribonianus. Ait *h.* §., si is noxali judicio *addictus* sit, & condemnandus videatur dominus, ita debet condemnare, *P. Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere*. Duo disjunctim sententia judicis complectitur, quia & duo disjunctim libellus actoris comprehendebat. V. dicta ad *tit. de noxal.*, & *ad* §. *curare* 32. *de act.* Judicem noxali judicio *addictum* Tribonianus dixit forte ex Cajo, aut alio antiquo jurisconsulto; jam enim tempore Justiniani actiones impetrari, addicique judices ex formula Prætoris desierant. Quæ eadem ratio fecit, ut nonnulli potiorem haberent vulgatam lectionem *aditus*, maxime quod Valerius Max. *lib.* 7. *c.* 2. *n.* 4. judicem *aditum* dicat. At Cujacius mavult *addictus*, vel, ut veteres libri excusi habent, *additus*. Verum non est de eo verbo laborandum, sive enim *addictus*, sive legas, *aditus*, recte constat sententia, nam addictus a Prætore judex adibatur.

§. II. Si actione in rem agatur sive singulari, sive universali, partes judicis hæ sunt. Actore non probante possessorem absolvet ex pervulgata regu-

la

la juris, de qua ad §. 2. *de act.*; actore autem probante, possessorem jubebit rem petitam restituere cum omni caussa, hoc est, cum omni eo, *quod petiter habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur*, hoc est, litis contestatæ tempore, restituta illi res fuisset: Cajus *l. 20. de rei vind.* Plus igitur sensit, quam expressit Tribonianus hoc §., ubi ait, possessorem restituere rem juberi *cum fructibus*. Quod *si possessor neget*, pergit Trib., *in præsenti se restituere posse, & sine frustratione*, id est, non frustratoriæ dilationis caussa, *videbitur tempus restituendi caussa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit*. Quadrimestre spatium, quod *l. ult. C. de exquut. rei judic.* reis damnatis indulgetur, non pertinere ad actiones reales, plerique interpretum tradidere. Sed est id cum Bachovio ita explicandum. Sive actio in rem sit, sive in personam, res controversa continuo est restituenda, si penes reum sit, proindeque præstari continuo possit: si vero de quantitate sit actum, quæ demonstrari non potest, quadrimestre spatium reo datur, ut, quod debet, commode paret: hæc enim videtur fuisse mens legis. Hæc de singulari in rem actione. Eadem *pene* obtinent quantum ad fructus, si hereditas petita sit. Verum id ita procedit. Reus aut male, aut bonæ fidei possessor est. Si malæ fidei possessor est, quem Tribonianus hic *prædonem* dicit ex Ulpiano *l. 25. §. 2. de her. pet.*, is in utraque actione *quos percepit*, (hoc est, de solo separavit, quæ est frequentissima in jure ejus verbi significatio, ut dictum ad §. 35. *de rer. div. lib. 2.*, vel etiam consumsit, quo sensu verbum illud accipitur in *l. 15. de usuc.*, quoque sensu hoc loco accipiendum esse, probat illud, quod de bonæ fidei possessore subjicit Tribonianus) & porro quos *culpa*, vel dolo *non percepit* fructus, restituere jubendus est, *l. 33. de rei vind.* Veteres MS. Charondæ, quos Theophili auctoritas confirmat, fructuum a prædone culpa sua non perceptorum meminere: ea verba, quæ vulgata hujus §. lectio habet; *sive illorum, quos perceperit*, non habent. Sed vulgatam sequitur Pardulphus Pratejus ad *h. t.*, eamque haud esse contemnendam scribit a Costa, nam continuo Tribonianus, bonæ fidei possessorem prædoni opponens, non modo non *perceptorum*, sed *consumtorum* fructuum meminit. Si bonæ fidei possessor est, is neque consumtos, neque non perceptos restituere compellitur, quod enim ad fructus attinet, loco domini est: qua de re dictum ad *cit.* §. 35. *lib. 2.* Hæc vera sunt de fructibus, qui ante motam controversiam percepti sunt, vel culpa possessoris non percepti: at fructus *post inchoatam petitionem* consumtos, vel culpa non perceptos bonæ etiam fidei possessor cogitur restituere, *l. 22. C. de rei vind.*, *l. 1. C. de petit. her.*, nam omnes bonæ fidei possessores non modo post contestatam litem, sed & post motam controversiam incipiunt malæ fidei esse, *l. sed & si lege 25. §. si ante 7. ff. eod.*, unde *inchoata petitio* apud Tribonianum est controversia jam mota, etiamsi nondum contestata sit lis: quod diserte Ulpianus scribit *d. §. 7.* Nunc videndum, cur Tribonianus adverbio *pene* sit usus. Glossa, Cujacius, Vinnius, & alii satis multi opinantur, eo adverbio hanc differentiam indigitari, quod in petitione hereditatis fructus vel culpa possessoris non percepti, vel percepti quidem, sed consumti ante litem contestatam veniunt ejusdem actionis vi: in speciali autem rei vindicatione non ejusdem actionis potestate, sed vel alia speciali, ut Glossa, vel judicis officio, ut Cujacius, & Vinnius scribunt, *l. 20. §. 3.*, *l. 40. §. 1. de her. pet.* Verum qui Triboniani sententiam introspicit, is certe perspiciet, Tribonianum non ad diversam actionis vim spectasse, sed ad diversam possessoris in utroque judicio obli-

gatio-

gationem; is enim in petitione hereditatis non modo fructuum non perceptorum, aut consumtorum pretium præstat, sed etiam usuras, *l.* 40. §. 1. *de her. pet.*, etsi aliud in odium Fisci respondeat Papinianus *l.* 18. *de his, qui ut indign.*: at in rei vindicatione is æstimationem quidem fructuum præstat, non autem usuras; ea ratione, quod in petitione hereditatis fructus sunt augmenta ac veluti partes hereditatis, in speciali vero petitione accessiones sunt *l.* 15. *ff. de usur.*; accessionis autem nulla est accessio, ut bene ad *d. l.* 15. Accursius monet. Ex prisci juris formulis, ut ait *l.* 1. *Cod. Th. de usur. rei jud.*, hoc est, ut bene interpretatur Cujacius 9. *Obs.* 19. ex duodecim tabulis malæ fidei possessor duplos fructus præstabat. Sed hæc de duplis fructibus actio desuevit. Dupli fructus sunt, qui *majores* in *l.* 6. §. *ult. ff. mandat.*, & *l. rescriptum* §. 1. *de distr. pign.*, & *ampliores* dicuntur in *l.* 8. §. 1. *C. de neg. gest.*

§. III. Idem, quod in actione in rem, Judicis officium est in actione ad exhibendum. Exhibere, inquit Paulus *l.* 2. *ad exhib.*, *est facere in publico potestatem, ut ei, qui agit, experiundi sit copia.* Plus igitur est restituere, nam restituere est possessionem transferre, remque tradere cum omni caussa, *l.* 35. *de V. S.* Quum vero de actione ad exhibendum agitur, exhibere omnem caussam continet, *quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur*, Ulp. *l.* 9. §. 5. *ad exhib.*: quo factum, ut in eo titulo idem sit restituere, atque exhibere, adnotante Cujacio ad *l.* 22. *de V. S.* Hoc sensu possessor rem actori jubebitur exhibere, hoc est, rem, & rei caussam, seu commoda rei externa *l.* 9. §. *pen.* & *ult. ff. ad exhib.*, ut sic eam caussam habeat actor, quam habiturus esset, si, quum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset, *h.* §., & *d. l.* 9. §. 3. Hinc si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnari eum, ait Tribonianus: quod verum est non solum jure novo, quo sublato inter præscriptionem & usucapionem discrimine litis contestatio usucapioni obest, sed etiam jure veteri, quo etiam post litem contestatam, quousque penderet, usucapio procedebat, *l.* 18. & 20. *de rei vind.*; licet præscriptio longi temporis contestatione litis interrumperetur, *l.* 10. *C. de adq. poss.*, *l.* 1. 2. & 10. *C. de long. temp. præscript.*, nam re usucapta victus judicio possessor exhibere condemnabatur. Fructuum quoque temporis inter litem contestatam, ac sententiam medii rationem judex habebit, *d. l.* 9. §. *pen.* Si reus sine frustratione tempus ad exhibendum poscat, dari ei debet, *ut tamen caveat, se restituturum*, *h.* §., ubi nihil est caussæ, cur Pratejus legendum contendat, *exhibiturum*, quod ita esse legendum res ipsa, & vis effectusque actionis ad exhibendum admoneant. Nam exhibere in hac actione restituere est, ut dictum. Quod si reus neque statim jussu judicis exhibeat, neque se exhibiturum caveat, est in id omne condemnandus, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset, *h.* §., & *d. l.* 9. §. *pen.* & *ult.*, *l.* 10. & *seq. ad exhib.*

§. IV. & V. Judicis officium in actione familiæ erciscundæ, & communi dividundo in eo versatur, ut æqualis sit communium rerum partitio, servata tamen, si qua sit habita, conventione, aut voluntate testatoris. Nec solum divisio rerum, sed & personales præstationes in duo hæc judicia veniunt, qua de re dictum ad §. 3. *de obl. quæ quas. ex contr.*, & §. 20. *de act.* Si res dividi commode possunt, singulas singulis partes judex adjudicabit. Quod *si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet judex hunc invicem coheredi certa pecunia condemnare*, §. 4. *h. t.*, idque adeo verum est, ut *si divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis esse videatur, possit judex in unius personam totam condemnationem conferre, & adjudicare omnes res*, *l.* 55.

fam.

fam. ercisc., *pensatione* tamen *condemnationis facta*, *l.* 52. §. 2. *eod.* Aliam dividendæ hereditatis rationem dat Cic. 11. *ad Att.* 15., nempe ut *ea pars, quæ videtur esse minor*, *licitatione expleatur*, ad quem locum v. Manut. Dido autem apud Virg. *lib.* 1. forte controversiam dirimebat. Eadem de judicio communi dividundo scripta sunt §. 5., ubi illud in fine ait Tribonianus, si de dividenda re agatur, quæ divisione ipsa perit, qualis est homo, aut mulus, tunc rem totam uni adjudicandam, eumque alteri certa pecunia condemnandum. Ita Cascellius Jurisconsultus *consultori dicenti*, *navem dividere volo*: *perdes*, *inquit*, ut est apud Quintil. *lib.* 6. *c.* 4. V. Macrob. 2. *sat.* 11. Sed pro iis, *veluti si homo*, malunt alii, *vel si homo*, ex Theophilo, & omnibus libris Charondæ, eo sensu, totius fieri debere adjudicationem, vel quum res dividi commode non potest, vel quum prorsus non potest.

§. VI. Aliud jus est in finium regundorum judicio, non enim de re communi dividenda agitur, sed de re, quam quisque suam esse ait, unde hæc actio *pro vindicatione rei esse* dicitur Paulo *l.* 1. *fin. reg.*, licet in personam sit. Eo casu ait Tribonianus necessariam esse adjudicationem juxta ea faciendam, quæ in judiciis fam. erciscundæ, & communi dividundo dicta sunt, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti, hoc enim casu ex alterius agro pars aliqua alterius agri domino adjudicari. Eo quoque nomine condemnandum hoc judicio contermini agri dominum inquit Tribonianus, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, puta lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit: aut quod contumax fuit, puta si jubente judice metiri agros passus non fuerit, *l.* 4. §. 3. *eod.* Damnatur autem is in id, quod interest adversarii, nam, ut bene monet hic Vinnius, mulctam pro contumacia irrogare magistratus est, non judicis. De mulctæ dicendæ potestate videsis Brisson. *lib.* 3. *Antiqu. c.* 4.

§. VII. *Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus sit, cui adjudicatum est*, his verbis titulum claudit Tribonianus. Est adjudicatio modus civilis adquirendi dominii, de quo dictum ad *tit.* 1. *lib.* 2. §. 11 Sed cave ne hinc conficias, sententia judicis dominium transferri, quod multi colligunt ex hoc loco. Primum enim id de tribus istis judiciis cautum est, ut id omnino peculiare illis dicendum sit. Deinde, quod est sedulo advertendum, non judicis sententia, sed adjudicatione dominium transfertur, lex enim 12. Tab. adjudicationem traditioni similem fecit, *l.* 6. §. 3. *de statulib.* Denique in illis tantum judiciis adjudicatur: in aliis judicatur; Tribonianus vero adjudicatione dominium transferri ait h. §. Sententia judicis non dominum facit, sed aliquid alicui competere declarat, ut proinde ei per sententiam nonnisi in personam actio adquiratur. Quod si sententia judicis dominum faceret, judicati actionem in rem esse oporteret; quæ tamen certe in personam est. V. Fabrum *Decad.* 98. *er.* 7., & contra Fabrum non satis feliciter disputantem Bachovium,

DE PUBLICIS JUDICIIS.

TITULUS XVIII.

48. *ff.* 1.

PUblica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quidquam simile habent cum ceteris judiciis, de quibus loquuti sumus, magnaque diversitas eorum est & in instituendis, & in exercendis. (*a*).

1 Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo exequutio eorum plerumque datur.

2 Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ, & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cetera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, non tamen capitalia.

3 Publica autem judicia hæc sunt: lex Julia majestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem, vel Rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Hujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.

4 Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege Julia etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem, vel viduam honeste viventem stupraverit. Pœnam autem eadem lex irrogat peccatoribus (*b*), si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum; si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

5 Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos, qui hominis occidendi caussa cum telo ambulant. Telum autem (ut Cajus noster in (*c*) interpretatione legum duodecim tabularum scriptum reliquit) vulgo quidem id appellatur, quod ab arcu mittitur, sed & omne significat, quod manu cujusdam mittitur (*d*): sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineatur: dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, a Græca voce τηλοῦ figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine. Nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon, nam ita scribit, (*e*), καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. i. *Et hujusmodi tela simul ab eis ferebantur, lanceæ, spiculæ, fundæ, plurimi autem & lapi-*

(a) *Præstat ita legere, quam cum Accursio* in instituendo, & in exercendo.

(b) *V. Comm. nostr.*

(c) *Alibi* ex.

(d) *Vulgo* cujusque jactur.

(e) *V. Comm. nostr.*

lapides (f). Sicarii autem appellantur a sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint.

6 Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut si quis parentis, aut filii, aut omnino affectionis ejus (g), quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit (h), sive clam, sive palam id ausus fuerit, nec non is, cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur, & neque gladio, neque ignibus, neque ulli alii solenni pœna subjiciatur, sed insutus culeo cum Cane, & Gallo gallinaceo, & Vipera, & Simia, & inter eas ferales angustias comprehensus, secundum quod regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur, ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & ei cælum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione, vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

7 Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit sciens dolo malo. Ejusque legis pœna in servos, ultimum supplicium est, quod etiam in lege de sicariis, & veneficis servatur, in liberos vero deportatio.

8 Item lex Julia de vi publica, seu privata, adversus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur; si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur: sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur secundum nostræ Constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius possibile est scire.

9 Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his scientes susceperint. Alii vero, qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjicientur.

10 Est & inter publica judicia lex Flavia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris Constitutionibus irrogat, interdum leviorem.

11 Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis, quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant: aliis autem pœnis

(f) *Latina verba Græcum locum explicantia non sunt Triboniani.*
(g) *V. Comm. nostr.*
(h) *V. Comm. nostr.*

pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint. Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit summo digito, & quasi per indicem ea tetigisse: alioqui diligentior eorum scientia vobis ex latioribus Digestorum, seu Pandectarum libris Deo propitio adventura est.

COMMENTARIUS.

PR. *Tit.* Jam Tribonianus juri privato, de quo se acturum initio promisit, superiore titulo de Officio Judicis finem imposuit. Sed operæ pretium duxit aliqua de publicis judiciis in ultimum Caput conferre: quæ particula est juris publici. Ait autem *pr. h. t.*, publica judicia neque per actiones ordinari, neque omnino quidquam simile habere cum ceteris judiciis, de quibus loquutus est, magnamque diversitatem esse eorum, & in instituendis, & in exercendis. Nos, quoniam de veteri privatorum judiciorum ritu nonnulla edisseruimus, arrepta ex hoc Triboniani loco occasione, quædam pauca de antiquo ritu publicorum judiciorum edisseramus. Qui accusare in animum induxerat, rei nomen ad Quæsitorem deferebat, illudque recipi postulabat, edebatque subscriptionem. Quæsitor dictus, qui lege aliqua de publico aliquo crimine lata quærebat. Initio Urbis apud Reges ipsos publica judicia agitabantur. Halic. *lib.* 2. *p.* 87. Liv. *lib.* 1. *c.* 55. Tum Regibus exactis apud Brutum Consulem judicium capitis agitatum prodit Liv. *lib.* 2. *c.* 5. Sed lata mox per P. Valerium Poplicolam lege de provocatione, factum est, ut publicis Quæstionibus præessent, quos præesse Populus juberet, eisque, quod caussa rerum capitalium crearentur, *Quæstores parricidii* appellatos scribit Festus v. *Quæstores*. Facto igitur SC., quo ferre ad plebem de hac aut illa quæstione jubebantur Tribuni, teste Livio *lib.* 4. *c.* 51., hi sic ferebant ad plebem, *Velitis jubeatis, ut quæratur, quæ pecunia capta, ablata, coacta ab Rege Antiocho, quod as publicum relatum non est, uti de ea Ser. Sulpicius Prætor Urbanus ad Senatum referat. Quem eam rem Senatus velit quærere, de iis, qui Prætores nunc sunt*: quæ formula apud Livium est *lib.* 38. *c.* 54. Suffragante plebe Senatus Quæsitorem dabat vel Dictatorem, vel Consulem, vel Prætorem. De Jugurtina Conjuratione quæsiisse Consulem, tradit Cic. *in Brut.*: idemque Orat. *pro Rabir.* se de pecuniis repetundis accusasse, judicem sedisse, ac Prætorem quæsiisse, scribit. De Quæstione Dictatori demandata testimonium habes Livii *lib.* 9. *c.* 26. Stetit id usque ad an. 10C14., quo anno *quæstiones* (a) *perpetuæ constitutæ sunt* lata primum de pecuniis repetundis lege a L. Pisone Tribuno Plebis, ut Cicero inquit in *Brut. c.* 27. Quæstiones perpetuæ veteribus dictæ, quæ Prætori lege perpetuo deferebantur ea formula, *De ea re Prætoris quæstio esto*, vel ea, *Prætor, qui ex hac lege quæret, facito, ut &c.* Rogante igitur Pisone quæstio de repetundis perpetua facta est. Pro-

(a) *Corradus mavult* Quæstiones publicæ, *sicque interpretatur notam* P., *quam in veteri MS. extare ait, ea ratione, quod quæstiones essent publicæ. Cujacius autem reponit*, quæstiones pecuniarum repetundarum. *Sed nihil est, cur a recepta lectione recedamus, maxime quum satis bonam sententiam contineat.*

Procedente tempore perpetuæ factæ tres aliæ, *de peculatu*, *de majest ate*, *de ambitu*. Sigon. 2. *de Judic.* 4. *Pollet.* 3. *For. Rom.* 7. Quumque eo tempo re Prætores in Urbe essent numero sex, quatuor illas Quæstiones, Prætura sque Urbanam & Peregrinam sortiebantur. Sigon. *ibid.* Sed & quatuor alios adjunxit Prætores L. Cornelius Sulla pro quatuor aliis Quæstionibus, *de sicariis*, *veneficiis*, *falso*, & *parricidio*, *l.* 2. §. 32. *de O.J.* Quoniam vero vix erat Romæ alius supra octavum Prætor, Senatus, ut libitum, aut quæstiones duas, aut duas jurisdictiones, aut quæstionem simul & jurisdictionem uni vel alteri demandare consuevit. Sigon. *ibid.* Interdum Consules sic censente Senatu extra ordinem quærebant; testatur enim Cic. *in Brut. c.* 22., Scipionem, & Brutum Consules de atroci quadam cæde ex SC. quæsiisse: interdum etiam alii. Cic. 2. *de Fin.* 16. Quod si cui novum, atque inauditum crimen intenderetur, cujus nulla esset lege constituta quæstio, nova quæstio constituebatur, ut factum in caussa Miloniana. Hinc queritur Cic. *Phil.* 2. *c.* 9., quod nova lege de cæde hominis quæreretur, quum esset legibus quæstio constituta. Quæsitori in curuli sella sedenti, gladiumque imperii indicem ante se positum habenti judices in subseliis adsidebant, quorum princeps *Judex quæstionis* dictus, de quo vide Pitiscum *in Lex. Rom. Antiqu.* Accusator a Quæsitore postulabat, ut liceret sibi rei nomen deferre. Cœl. ad Cic. 8. *ep.* 6. Cic. *Divin. in Ver. c.* 20., quod reo etiam absente jure poterat postulare. Cœl. *ibid.* Val. Max. *lib.* 3. *c.* 7. *n.* 9. Dicebatur dies, quo die accusatore & reo præsentibus *delatio nominis* fiebat. Sed non poterat accusator deferre nomen, nisi juratus, *se calumniæ caussa non deferre*. Pædian. in Cic. *Cornelian. p.* 1300. Sic juratus accusator ea vel simili formula reum impetebat, *Ajo*, *te Siculos spoliasse*, *Ajo*, *te Clodium occidisse*. Reus, si taceret, victi loco erat; si negaret, a Magistratu dies inquirendorum criminum postulabatur. Atque hoc erat reum ab accusatore *legibus interrogari*. Sallust. *in Catil. Conjur.* Cic. *Orat. pro Dom. sua*. Tacit. *lib.* 14., & *lib.* 16., idemque erat *lege interrogari*, ac *fieri reum*, auctore Asconio Pædiano apud Brisson. 2. *select.* 1. Delatum nomen *recipiebat* Prætor, dicebatque certum diem, & plerumque tricesimum ex L. Licinia & Julia, quo accusator & reus adessent. Cic. *in Vatin. c.* 13. Ex eo tempore reus in *reatu* esse dicebatur; eratque *reatus* tristis reorum conditio usque ad sententiam: & male Accursius *reatum* interpretatus est crimen in *l. & qui*, §. *& pater*, *ff. de mun. & hon.* Per illud tempus sordidam vestem induebat reus, capillumque submittebat. Liv. *lib.* 3. *c.* 61. Cic. *pro Ligar. c.* 11. Gell. 3. *Noct.* 4. Idemque a propinquis, & amicis, imo & ab ipsis magistratibus factum accepimus, si egregii cujusquam civis salus ageretur. Cic. *post redit. c.* 5. Plutarch. *in vit. Gracch.* P. Scipionem Africanum, quum reus esset, togam albam non posuisse, memoriæ est proditum. Gell. 5. *Noct.* 4. Erat is status, si diutinus esset, pars pœnæ, *l.* 25. *de pœn.*, ubi male Glossa *reatum* exponit *carcerem*. Erat autem opus, ut reus scripto quod intenderat profiteretur: idque cautum L. Julia publicorum, uti Paulus scribit *l.* 3. *pr. de accusat.* Libellorum inscriptionis conceptio talis erat auctore Paulo *ibidem*, *Consul & dies*. *Apud illum Prætorem vel Proconsulem Lucius Titius professus est*, *se Maviam lege Julia de adulteriis ream deferre*: *quod dicat*, *eam cum Cajo Sejo in civitate illa*, *domo illius*, *mense illo*, *Consulibus illis adulterium commisisse*. Sed diem aut horam adscribere non oportebat, *d. l.* 2. Præterea, ne cui facile esset falsum crimen affingere, accedebat subscriptio, quam *ad pœnam talionis* dicunt, hoc est, debebat cavere accusator, se, nisi quod professus fuerat probasset,

ſet, eas pœnas daturum, quibus fuiſſet reus lege coercendus, *l. 1. C. de exhib. reis*. Et quamquam Antoninus Imp. iſtius ſubſcriptionis neceſſitatem remittere cœpiſſet, ut ireferunt Valens, Gratianus, & Valentin. in *l. ult. Cod. Th. ad L. Corn. de falſ.*, forte quia homines metuentes ſibi, ſontium quoque nomina deferre reformidabant: quod in magnum Reip. malum evadebat; jure tamen Codicis Juſtinianæi ea ſubſcriptio reſtituta eſt. Ubi dictus a Quæſitore dies venerat, accuſator & reus per Præconem citabantur. Reo ſe non ſiſtenti exilium pœna: at ſi præſente reo non aderat accuſator, receptum nomen de reis eximebatur. Aſcon. *in Milonian. p. 1323.*, & in Cornel. *p. 1307.* Si uterque adeſſet, judicum delectus habebatur, & plerumque ſortito legebantur, omnium ejus anni judicum nominibus in urnam conjectis: quo refer illud Virgilii *de Minoe Æneid. 6. Quæſitor Minos urnam movet*. Si quos rejiceret accuſator, aut reus, in rejectorum locum alios Prætor, aut Judex quæſtionis ſubſortiebatur. Cic. *Act. 1. in Ver. c. 6.* Aſcon. *in Verrin. 2. p. 2817.* Quandoque judices *edebantur*, iique proinde *Edititii* dicti, quum eos accuſator & reus pro arbitratu ſuo deligebant. Cic. *pro Muræn. c. 23.*, & *pro Planc. c. 15. & 17.* Utraque parte præſente Oratoribus dicendi poteſtas fiebat; ac teſtes publice interrogabantur; quumque Oratores ſolenni illo verbo *Dixi* finem orationi feciſſent, continuo Præco pronunciabat, *Dixerunt*. Aſcon. *in Verrin. 2. p. 1823.*; poſt quæ Prætor *judices in conſilium mittebat*, hoc eſt, ut Aſconius exponit *in Verrin. 3. p. 1841.*, *dimittebat judices ad ſententiam dicendam*. Singuli ternas tabellas accipiebant, quarum uni inſcriptum A, hoc eſt *Abſolvo*: quo factum ut eam literam Tullius *pro Milon. c. 6. ſalutarem* dicat: alteri C, hoc eſt, *Condemno*: tertiæ NL., hoc eſt *Non liquet*. Si de re levi ageretur, *palam ferebatur ſententia*, id eſt, de tabulis; ſi de gravi cauſſa, *clam*; accedentes enim ad urnas judices quam vellent tabulam immittebant. Denique dirimebantur tabulæ, ac Prætor ſi pro numero ſuffragiorum abſolvendus aut condemnandus videretur reus, abſolvebat ea formula, *Non videtur feciſſe*, vel ea, *Jure videtur feciſſe*: condemnabat ea, *Videtur feciſſe*, vel ea, *Non jure videtur feciſſe*. Quandoque, ut erat ſuffragiorum numerus, *Amplius cognoſcendum* pronunciabat. Cœl. *ad Cic. 8. Ep. 8.*, Cic. *Acad. Quæſt. lib. 4. c. 47.*, & *1. de fin. c. 7.* Qui plura cupit adeat Briſſonium, & Sigonium *loc. cit.*, & Heineccium in *Antiqu. ad h. t.*

§. I. Publica autem judicia dicta ſunt, inquit hic Tribonianus, *quod cuivis ex populo exequutio eorum plerumque datur*. *Exequutio* eſt publica accuſatio: quod ad eum modum dicitur, ad quem modum in privatis judiciis actor reum *condemnare* dicitur Juriſconſultis, & qui interdictum petit, *interdicere*. Lipſ. ad Senec. *de Conſtant. Sap. 10.* V. comm. noſtr. *ad pr. tit. de Interd.* Vox *plerumque* non eſt eo adjecta, ut excipiatur partus ſuppoſiti actio, quæ parentibus datur, præterea nemini *l. 30. §. 1. ad L. Corn. de falſ.*, aut actio adulterii, in qua intendenda alii aliis proprio jure præferuntur, *l. 30. C. ad L. Jul. de adult.*: neque ut excipiantur L. Juliæ de annona, & L. Juliæ de reſiduis judicia, quorum pecuniaria eſt exequutio, non criminalis. Nam contextus ipſe orationis demonſtrat, τὸ *plerumque* exceptionem continere ejus regulæ, *cuivis ex populo publicorum judiciorum exequutio datur*, ut proinde, quod bene adnotavit ad *h. §.* Theophilus, ea ſit mens Triboniani hoc loco, nonnullos eſſe, qui in publicis etiam judiciis vetantur agere. Huc pertinet illud Ulpiani *l. 43. §. 10. de rit. nupt.*, *Publico judicio cuilibet ex populo experiri licet, niſi cui lege aliqua accuſandi publico judicio non eſt poteſtas.* V. Charond. *3. Veriſim. 18.* Jam quod ait Tribonianus, publica judicia dici,

quod

quod cuivis ex populo exequutio eorum plerumque detur, id perinde dictum videtur, ac si quis dicat, publicum locum dici, quod cuivis ad eum pateat aditus: quod tamen falsum esse inquit Hotomanus, nam potius e contrario verum est, quod publicus sit locus, ideo cuivis aditum patere. Scribit igitur in Comm. *verb. jur. v. judicium publicum*, idcirco publica dici judicia, quia caussæ publicæ sunt, idest, quia universa Resp. læsa est, quo fit, ut unicuique de populo accusandi potestas permissa sit: quæ Hotomani sententia vera est: idemque visum Grævio in *Animadv. ad Sigon. tom. 2. Thesaur. Antiqu. Rom.* A publicis longe alia erant judicia popularia, nam etsi in his etiam cuivis de populo liceret agere, *l. 1. & 2. ff. de act. popul.*, *l. 5. §. 5. de his, qui effud.*, tamen primum non erant hæc, ut illa, ex lege certa, qua definiretur pœna, sed erant ex Edictis *tit. de obl. quasi ex delict.*: deinde horum finis erat mulcta civilis, quæ cedebat actori, excepta specie, *l. 3. de term. mot.*, & specie *l. 25. ad SC. Silan.*: illorum publica vindicta. Cave tamen pro iisdem habeas popularia, aut publica judicia, & judicia populi; hæc enim, quod publicam vindictam spectarent, a popularibus differebant; quod vero non apud Quæsitores in foro cum consilio judicum, sed apud ipsum populum comitiis principio curiatis, tum tributis etiam & centuriatis exercerentur, a publicis distabant. V. Hotom. *in Comm. verb. jur.*, & Brisson. *de V. S.*, & Sigon. *de Judic. 3.*

§. II. Publicorum judiciorum partitio summa hæc est. Quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia sunt, quorum pœna caput, & *licet capitalis Latine loquentibus omnis caussa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis, vel amissionis civitatis* (sive deportatione, sive servitute civitas amittatur) *intelligenda est*, inquit Modestinus *l. 103. de V. S.* Hinc caute Cicero *pro Q. Rosc. Comœd.* privata judicia, quæ infamiam damnato irrogant, *pene capitis* esse dixit. Non capitalia sunt, quorum pœna vel infamia cum damno pecuniario, vel aliqua corporis coercitio, *h. §. & l. 2. ff. h. t.*, *l. 6. §. ult.*, *& l. 28 de pœn.*

§. III. Primum capitale crimen est *Majestatis*, quod *sacrilegio proximum* dicitur Ulpiano *l. 1. ad L. Jul. Majest.* Est autem majestatis crimen illud, *quod adversus Populum Romanum, vel adversus securitatem ejus committitur*, *d. l. 1. §. 1.*, ubi securitas est salus populi, ac tranquillitas, non, quod Bartolo & nonnullis post eum videtur, *salvus conductus*: eoque sensu Latini securitatem dixere. Duaren. 2. *Disp. anniv.* 22. Jam Ulpiani verba non majestatis crimen definiunt, sed ejus criminis speciem unam plane gravissimam, quam dicunt *perduellionem*, hoc est, conspirationem hostili animo in Patriam, aut Principem factam, *l. ult. ff. eod.*, qualis fuit conspiratio Juniorum, Vitelliorum, Aquiliorum, de qua Liv. *lib. 2. c. 3.* Verum non videtur ante occupatam a Cæsaribus Remp. lege distinctum inter perduellionem, & Majestatis in specie crimen, cujus tenetur is, qui alio quolibet modo majestatem minuit, *l. 6. & 7. §. 4. eod.*, antiquitus enim quicumque atrox facinus in civem admitteret, perduellionis reus dicebatur. Sic cæsa ab Horatio (*b*) sorore Duum-

---

(b) *Male, inquit Cujacius ad Paul. lib. 5. t. 24. Livius Horatii factum perduellionem appellat, nisi dicatur ex Charisio grammatico, contra Remp. gessisse, qui per tempus belli sororem occidit. Sed temerarium est dicere, Livium*

Duumviri perduellionem judicare jussi apud Liv. *lib.* 1. *c.* 26. Idque tum maxime, si atroci facinore lædi libertas videretur. Ita Rabirium *perduellionis* reum factum scimus, quod Saturninum Trib. Pl., licet seditiosum hominem, privata auctoritate enecasse diceretur, nam Tribuni, qnod libertatis populi vindices essent, pro sanctis habiti: quo etiam nomine Principum dignitas apud Romanos sancta, quod in eos Tribunicia cum aliis potestas concessit. Romæ primum de majestate Romulus cavit facta cuilibet potestate proditores tanquam Diti sacros occidendi. Halic. 2. *Antiqu. p.* 84. Tum procedente tempore aliis legibus de eadem re cautum, & lege 12. Tab. apud Porc. Latr. *Declam. adv. Catilin. c.* 19., & apud Marcianum *l.* 3. *eod.*, & lege *Gabinia* apud eundem Porc. *ibid.*, & lege *Appuleja* apud Cic. 2. *de Orat.* 49., & lege *Varia* apud Val. Max. *lib.* 3. *c.* 7. *n.* 8., & *l.* 8. *c.* 6. *n.* 4., & lege *Cornelia* apud Sigon. 2. *de judic.* 29, & lege *Julia* a C. Julio Cæsare lata, de qua Cic. *Philip.* 1., ac tandem lege Julia Majestatis lata ab Augusto, de qua in Pandectis, & h. §., ubi pœnam ejus hanc esse inquit Tribonianus, *animæ amissionem, & memoriæ etiam rei damnationem post mortem*. Opinantur autem nonnulli post Hotomanum, & Vinnium, agi hoc loco de solo perduellionis crimine, primum quod sermo hic sit de eo, qui contra Imperatorem vel Remp. aliquid molitus est; deinde quod pœna dicatur esse mors, & memoriæ post mortem damnatio; quum tamen majestatis proprie reus sit non qui summam Reip. labefactare, sed qui publicam dignitatem quomodolibet imminuere conatus est, & præterea majestatis crimen non morte, sed exilio mulctetur. Verum hic Triboniani locus luculentiorem, latioremque interpretationem desiderat. Ait is, legis Juliæ pœnam esse amissionem animæ, & memoriæ damnationem. At non obscure colligitur ex Paulo 5. *sent.* 29., mitiorem fuisse pœnam legis, ubi enim scripserat, lege Julia Majestatis teneri eos, quorum ope consilio adversus Imp., vel Remp. arma mota sunt &c., continuo illud addidit, *His antea in perpetuum aqua & igni interdicebatur*: (quæ verba pœnam legis Juliæ continent) *nunc vero humiliores bestiis objiciuntur, vel vivi exuruntur; honestiores capite puniuntur*. Eamque esse Pauli sententiam, compertum fit ex Cic. *Phil.* 1., ubi legibus Cæsaris cautum scribit, ut de vi ac de majestate damnatis aqua & igni interdiceretur. Neque obturbat quidquam, quod de lege Julia C. Julii Cæsaris loquatur Cicero, nam Julia, quam de majestate tulit Augustus, pœnam prioris Juliæ legis non immutavit: quod patet ex Tacit. 3. *Annal.* 50., ubi de C. Luterio Prisco sub Tiberio majestatis postulato Manius Lepidus hæc ad Senatum habet, *Cedat urbe, & bonis amissis aqua & igni arceatur: quod perinde censeo, ac si lege majestatis teneretur*. At procedente tempore legis Juliæ pœna adsperior facta, & humiliores bestiis objecti, vel exusti, honestiores capite mulctati: quæ pœna ætate Pauli stabat. Sed quemadmodum Juliis legibus omne crimen Majestatis aquæ & ignis interdictione puniebatur, ita tempore Pauli omne Majestatis crimen capitale fuit, nam neque in Juliis legibus, neque apud Paulum inter ejus criminis species distinctum. Ulpianus etiam *l. ult. h. t.*, licet perduellionem crimine majestatis atrociorem faciat, quæ distinctio, ut dictum, post

---

Livium in eo nomine errasse; quumque atrox quidquam facere in Romanum civem olim perinde esset, ac populi libertatem lædere, verisimile est, quodcumque atrocius factum perduellionem *veteribus dictum*,

post Cæsares invaluit, majestatis vero crimen non exilio, sed morte mulctari ait, *Plane*; verba sunt Ulpiani, *non quisque legis Juliæ majestatis reus est, in eadem conditione est: sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversus Remp., vel Principem animatus. Cæterum si quis ex alia caussa legis Juliæ Majestatis reus sit, morte crimine liberatur*. Sed qua alia pœna major illa perduellionis atrocitas punitur? Fortasse explicandus Ulpiani locus ex hoc §., si, quod visum Hotomano *in Comm. verb. jur.*, ad perduellionem proprie referatur, quod de memoriæ damnatione (c) ait hic Tribonianus: idque confirmant veteres membranæ, ubi pro iis, *& memoria rei etiam post mortem damnatur*, legitur, *memoria tyranni*: eandemque lectionem comprobat Theophili paraphrasis ad *h. §.*, & *ad §. 10. de her. quæ ab int. lib. 3.* Tyrannus sæpissime in jure nostro perduellem significat: ad quam sententiam accipiendus Codicis Theodosiani titulus *De infirm. his, quæ sub tyrannis*. Ex dictis patet, videri Tribonianum latuisse legis Juliæ pœnam. Sed duplex est ratio, qua excusari Tribonianus potest, altera, si dicamus, in iis verbis, *Hujus pœna animæ amissionem sustinet*, τὸ *hujus* non ad legem Juliam referri, sed ad factum ipsum, & proprie ad vocem *aliquid*, quæ præcedit. Altera, si dicamus, Tribonianum legem Juliam spectasse, non qualis fuit initio lata, sed qualis erat suo tempore, qui enim subsequuti sunt Principes, eam in multis mutarunt nunquam immutato nomine; nec novum est, ut ad leges publicorum judiciorum ea, quæ postera ætas mutavit, perinde transferantur, ac si ea ipsis legibus cauta initio fuissent: cujus rei exemplum habes in § 4. & 5. *inf.* Tandem pœna hujus criminis ad liberos etiam damnatorum producta per Arcadium & Honorium in *l. quisquis 5. C. ad L. Jul. de majest*, quam peculiari Commentario ornavit Jac. Gothofredus.

§. IV. Secundum publicum crimen est Adulterium. Ante Augustum nulla lex certa de adulterii pœna occurrit. Quantum ad adulteras, quoniam lege Regia uxor erat in manu viri, ut in manu patris filius, verisimile est, virum ipsum advocatis propinquis in uxorem adulteram animadvertisse usq; ad necem: quod confirmat Halicarnassæus, qui maritum lege Regia constitutum ait, κύριον τοῦ μεγέθους τῆς τιμωρίας, *arbitrum magnitudinis pœnæ*. Mos tamen obti-

(c) *Perduellium memoria apud Romanos damnari solita. Ita de Seneca, quem ut perduellem damnavit Nero, Tacitus scribit 14., & 15. Annal. Ita de M. Manlio, quod Regnum adfectasset, scribunt Cic. Phil. 1. c. 13., & Val. Max. lib. 6. c. 3. Sed non uno modo damnari memoria consuevit. Interdum Senatusconsulto, aut lege cautum, ne quis perduellem nominaret: quod statutum in eum, qui Ephesiæ Dianæ templum incenderat, Gell. lib. 2. c. 6., Val. Max. lib. 8. c. 25. in fin. Macrob. 6. Sat. 7., aut ne quis ex perduellis familia nomen ejus ferret, aut ne quis alius in domo ejus habitaret: quod statutum in Manlium Capitolinum scribit Val. Max. l. 6. c. 3., & Plut. Probl. 91. Interdum nomina perduellium, si Consules essent, e Fastis, & generaliter ex monumentis quum publicis cum privatis expuncta, Cic. pro Sext. c. 15. Lamprid. in Commod. circa fin. Dio Chrysost. Orat. Rhodiac. Quandoque eorum statua atque imagines detractæ, l. eorum 24. de pœn. Lamprid. ibid., & conspurcatæ, aut disruptæ, Suet. in Neron. c. 24., & in Domit. c. ult. Tacit. 3. Annal. 14. Plin. in Panegyr. Juven. Sat. 1. v 131. V. Forner. 2. Rer. quotid. c. 17.*

obtinuit, ut uxores adulterii apud cognatos convictæ domo abirent, ac docte mulctarentur, ut constat ex Plaut. *Amphitr.* Val. Max. *l.* 8. *c.* 2. Vide Lips. ad Tacit. *l.* 4. *Annal. excurs.* 4. De adulteris autem nihil certi cautum comperimus. Illud constat, moris fuisse, ut in adulterio deprehensis virilia ferro abscinderentur. Plaut. *Curcul. act.* 1. *sc.* 1. *v.* 88., & Mil. Glor. *act.* 5. *sc.* 5. *v.* 2. Terent. *Ennuch. act.* 5. *sc.* 4. Huc quoque pertinet illud Plauti in *Paenul.*

Facio, quod manifesti mœchi non solent,
Refero vasa salva. Ubi vasa sunt virilia: quo sensu *vasculum* Petronius *Satyric.* 24., & *bene vasatos* dixit Lampridius Heliogab. Primus omnium Augustus certam de adulteriis coercendis legem tulit (*d*). Horat. 4. *Carm.* 5. Suet. *in Aug.* 34., *l.* 1. *ad L. Jul. de adult.*, eaque lege non de adulteriis modo, sed & de mascula venere, ac de stupro sancitum est, nam ad ea quoque *adulterii* vox producta, *l.* 6. *&* 29. §. *t. h. t.*, & *l.* 101. §. 1. *de V. S.* (*e*) Jam alienarum nuptiarum temeratores, & qui masculis vitium inferunt, lege Julia gladio puniri, ait hic Tribonianus. Sed id ad eum modum accipiendum est, ad quem legis Juliæ majestatis pœnam interpretatus sum. Certe legis Juliæ pœna capitalis non fuit, nam adulterii damnatus testamentum fecisse dicitur in *l. Glandius* 13. *de his, quib. ut indign.*, & adulterii damnatas duci uxores lege Julia vetari, scriptum est, *l.* 29. §. 1. *h. t.*: quorum unum fieri non potuisset, si adulterium morte aut peregrinitate fuisset mulctatum, *l.* 8. §. 1. *de testam.*: alterum plane absurdum fuisset cavere; etsi Cujac. 20. *Obs.* 18. leve esse argumentum putet ex *dict. l.* 29., nam addi potest conditio, quæ additur in *l. castitati*, *Cod. h. t.*, si quocumque modo capitalem pœnam evaserit, puta vel gratia, vel legis auxilio, ut *l. denuntiasse*, §. *ult. ff. eod.*. Sed apertissimus est in hanc sententiam Marciani locus *l.* 5. *de quæst.*, ubi ait Consultus, si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam esse deportandum, *quia duplex crimen est*, & incestum, *&* *adulterium*; ut hinc recte colligas, solius adulterii pœnam nec mortem fuisse, nec deportationem. Præterea Tacitus *lib.* 3. *Annal. cap.* 24. Augustum filiam ac neptem adul-

---

(d). *Hanc legem exhibent notæ illæ apud Valerium*, L. I. D. A. C., *hoc est*, Lex Julia de adulteriis coercendis, *quibus etiam verbis concipitur Caput in Pandectis.*

(e). *Vinnius hic ait, sententiam Papiniani d. l.* 29., *&* *Modestini d. l.* 101. *non eam esse, quam nos Hotomanum sequuti in Commentario expressimus, sed vero hanc, stupri nomine leges adulterium comprehendisse, quum* stupri *quidem vox generis vox sit* *&* *speciei*, adulterium *vero de solo cum nupta concubitu dicatur. Sed certe Vinnius Papiniani locum in d. l.* 29. *non est assequutus. Ait Consultus*, Quod ait lex, adulterii damnatam si quis duxerit uxorem, ea lege teneri, magis esse, ut & ad stuprum referatur. *Quid clarius? Lex de muliere* adulterii *damnata loquuta est*; *Papinianus vero* adulterii *vocem produxit ad* stuprum. *Præterea lex Julia* de adulteriis *dicebatur*, *&* *tamen ea de stupris etiam actum. Denique* adulterate *generaliter est* corrumpere, *unde* pecuniam adulterare *apud Latinos*, *&* adulter numus *apud Apulej. lib.* 10. *de Asin. aur.*, *&* adulterinæ stateræ *l.* 6. §. *ult. de extr. crim.*

adulteras urbe depulisse inquit, adulterosque earum morte aut fuga punivisse; addit tamen, eum *clementiam majorum, suasque ipsum leges*, h. e., Julias, *egressum*. Et D. Augustinus 3. *de Civ. Dei c.* 5. adulterium apud veteres Romanos nunquam morte punitum tradit. Legitima adulterii pœna fuit relegatio, unde Ovidius ejus criminis reus *relegatum* se dici ait in *Tristibus*, non *exsulem*, & Centurionis adulteri exauctorati, ac relegati mentio est apud Plinium *lib. 6. ep.* 31. Quod si quandoque ab Imperatoribus atrocius actum cum adulteris, veluti ab Augusto apud Suet. *Octav.* 3., Antonino Caracalla apud Dionem *in Except. Peiresc.*, ac Macrino, & Aureliano apud Capitolin. *Macrin.* 12., & Vopisc. *Aurelian.* 7.; id præter leges & extra ordinem factum est. V. Noodt. in Dioclet. & Maxim. c. 15. Primus adulterium capite mulctasse dicitur Constantinus Imp. *l. quamvis* 30. *C. ad L. Jul. de adult.*, ubi ita scriptum est §. 1., *Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet*. Verum Cujacius 6. *Obs.* 11. primos ejus pœnæ auctores fuisse scribit Constantium & Constantem, ea enim sententia Constantini non est, & sane deest in Codice Theodosiano, videturque Constitutioni Imp. Constantini adsuta ex *l.* 4. *C. Th. quor. appellat. non rec.* Sed vide Goth. ad *C. Th.* At vero jam tempore Diocletiani adulterium capitale crimen fuit, ait enim Diocletianus in *l. transigere* 18. *C. de transact.*, *transigere, vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non esse*. Temere facit Hotomanus, qui *illustr. quæst.* 13. legit, *de crimine non capitali*; nam & omnium Codicum auctoritas obstat, & præterea *l. ult. de prævar.*, & *l.* 1. *de bon. eor. qui ant. sent.* Frustra est Marcilius ad h. §., ubi capitale crimen apud Diocletianum esse inquit non ultimum supplicium, sed deportationem, quam primus Tiberius in locum relegationis substituit, teste Tacit. 4. *Annal.*; nam capitale adulterii crimen opponit Diocletianus aliis publicis criminibus, *quæ sanguinis pœnam non ingerunt*. Bene Cujacius *ibid.*, Brissonius *de Adult. c.* 2., & Ant. Faber 2. *Conject.* 20. illud, *excepto adulterio*, vel interpretis alicujus, vel Triboniani additamentum esse opinantur ex Constantini, aut Constantii lege. Jure novissimo Justiniani adultera verberata in monasterium detruditur, ita tamen, ut si eam maritus velit intra biennium recipere, jure possit; biennio autem transacto, aut viro mortuo, ea tonsa monasterio in perpetuum includatur, *Nov.* 134. *c.* 10., ad quam vide Petrum Fab. *lib* 3. *semestr. c.* 21. & 22. Quod facit ad adulterum, multa idem Justinianus cavit de jure mariti in adulterum *Nov.* 117. *c.* 15., non videtur tamen publicam pœnam immutasse, vult enim, ut Provinciæ Præses *secundum leges pœnam imponat legitimam*. Late de adulteris mulieribus in Differt. nostra *de Meretricibus ex jure & moribus Romanorum*. In pædicones lata Romæ lex Scantinia, qua nonnullos damnasse Domitianum, scribit Suetonius in ejus *Vit. c.* 8. Stupratores decem millibus damnatos tradit Quintilianus *lib.* 4. *c.* 2., & *l.* 7. *c.* 4. Brissonius autem de *Adult. c.* 1. addubitat, num ea pœna scholasticæ exercitationis gratia a Quintiliano conficta sit, vel ex Græcorum legibus desumta, quod pædicones capitali supplicio damnatos memoret Val. Max. *lib.* 6. *c.* 1. Ego vero nec facile adduci possum ut credam, voluisse Quintilianum in Oratoriis Institutionibus exemplum contra legem confingere, quum id in Declamationibus quidem interdum, in libris vero Institutionum Oratoriarum nunquam certe, quantum scio, factum comperiatur; nec video, cur maluerit is exemplum petere ex legibus Græcorum. Nihil absurdi dices, si dixeris, aliam alio tempore fuisse ejus flagitii pœnam. Imperatores Constantius & Constans illud *gladio ultore* puniri jubent, *l.* 31. *C. h. t.*, quam legem belle illustrat Rævardus 4. *var.*

20., & Joh. Bapt. Pius *Annot. post. syllog. 3. c. 53.* Imperatores Valentinianus, Theodosius, & Arcadius *l. 6. C. Th. eod.*, *spectante populo flammis vindicibus expiari* jusserunt. Extat quoque ea Constitutio in Collat. *LL. Mosaic. & Rom. tit. 5. §. 3.*, ad quem locum vide Pithœum, & Schulting. Vide etiam plura de hac re in *Historia Legis Scatiniæ*, quam docte perscripsit Joh. Frid. Christius, & apud Joh. Goth. *not. ad Tertul. ad nation.*, *l. 1. c. 16.*, & Reines. *Var. lect. l. 1. c. 22.* *Sed eadem lege Julia etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem, vel viduam honeste viventem stupraverit*, verba sunt Triboniani h. §. Ait *sine vi*, nam qui vim adhibet, lege Julia de vi tenetur, *l. 29. §. ult. h. t.*, & *l. 3. §. præterea, ff. ad L. Jul. de vi publ.* V. Ant. Mat. *ad lib. 48. ff. tit. 3. c. 5. n. 8.* Ait, *viduam honeste viventem*, nam si impudica sit, meretricis loco est, cum qua concumbere jure civili impune est, *l. 22. C. h. t.* Ad hanc sententiam accipe illud Plauti Curcul.

Dum te abstineas nupta, vidua, virgine.

Pœnam stupri addit Tribonianus his verbis, *Pœnam autem eadem lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum: si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.* Tribonianus *peccatores* dicit, quos proprie *stupratores* appellamus, de more Latinorum, qui *peccatum* pro stupro, & adulterio usurparunt: quod Horatii, & Martialis auctoritate adstruit ad hunc locum Cujacius. Recte autem Contii & Charondæ MS. Codices habent *peccatoribus*, pro quo vulgata habet *stupratoribus*. Joh. Bapt. Pius, *loc. cit. pædicatoribus* hic legi mavult, non bene orationis Tribonianææ contextum advertit, nam Tribonianus de pædicatoribus jam dixerat alia periodo, eisque pœnam gladii constituerat, ut supervacaneum fuisset, rursus de re eadem paucis interjectis agere, absurdum vero diversam pœnam irrogare. Triboniano non obstat Paulus *l. 1. §. ult. de extr. crim.*, ubi *qui puero stuprum abducto ab eo, vel corrupto comite, persuaserit, aut mulierem puellamve interpellaverit, quidve impudicitiæ gratia fecerit, donum præbuerit, pretiumve, quo is persuadeat, dederit, perfecto flagitio, puniri capite, imperfecto, in insulam deportari*, ait. Non, inquam, obstat, nam insidiosa ipsa persuasio, quæ, quod animum corrumpat, vi ipsa gravius puniebatur, adnotante ex Lysia Duareno ad *h. t.*; pœnam exasperat. Ant. Mat. *n. 8.* Et certe potest stupri pœna ex adiunctis fieri gravior, ut late Matthæus. Distinguit autem Tribonianus inter *honestos*, & *humiles*: quæ distinctio, ubi de pœnis agitur, passim occurrit. Sed non falsus videtur mihi Hotomanus, quem Vinnius sequitur, *honestum* interpretans honestæ existimationis virum; *humilem* vero turpem hominem; etsi enim ubi de pœnis agitur, *honestos* dicant Jurisconsulti eos, qui nobili genere orti sunt, *humiles* eos, quorum vile genus; tamen aliam fuisse Triboniani mentem hoc loco, demonstrat *l. 7. C. de incest. nupt.*

§. V. Tertium est homicidium antiquis Romanis *parricidium* ex instituto Romuli dictum: adeo atrox visum liberum hominem necare. Plut. in Rom. Et certe ex lege Romuli, vel, quod mavult Festus, ex lege Numæ est illud 12. Tab., *Qui malum carmen incantassit, malum venenum faxit, duitve, parricida estô.* Ex hac lege de homicidio apud Romanos quæsitum. Cic. 2. *de fin. 16.*, & in *Brut. 22.* *Epit. Liv. 68.* Tum anno V. 671. lata Romæ a Lucio Sulla Dictatore lex Cornelia de *Sicariis* (e), *Veneficis*, & *Parricidis*. Cic. pro

(e) *Sicarios a sica dictos scribit hic Tribonianus. Sicam brevissimum fuisse.*

pro *Cluent.* 55., *l.* 2. §. 32. *de O. J.* Tribonianus h. §. duo ejus legis capita proponit, unum de *Sicariis*, alterum de *Veneficis*: de Parricidis agit §. *seq.* ex lege Pompeja: sed & lege Cornelia de parricidio cautum, patet ex *dict.* *l.* 2. §. 32. ibi, *Deinde Cornelius Sylla quæstiones publicas constituit, veluti de falso, de parricidio, de sicariis, & Præterea quatuor adjecit*: quem locum ita supplet Pithœus ad *Collat. LL. Mosaic. & Rom.*, *de falso, de parricidio, de sicariis, de veneficiis.* Venefici & Parricidæ inter Sicarios sunt. Ferro venenum adjunxit Juvenalis *sat.* 13.

- - - - - *Et partos gladio vel pyxide nummos*, ubi *pyxis* non est fritillus, ex quo jactabantur tesseræ, uti eum locum accipit Cujacius ad tit. *C. de alea lus., & aleat.*, sed pyxis veneni, uti Juvenalem interpretatur vetus Scholiastes. Sic *veneni pyxidem* dixit Cic. *Orat. pro Cæc.* Idem Cic. *pro Rosc. Amer. c.* 5. *judicium inter sicarios* dixit, h. e., judicium inter parricidas. Diversa legis Corneliæ capita fecere, ut de sicariis ac veneficis non una rogatione actum videretur, ut in *l.* 3. *de bon. damn.* V. Pithœum *loc. cit.* Lex igitur Cornelia *homicidas ultore ferro persequitur, vel eos, qui hominis occidendi caussa cum telo* (f) *ambulant*, *h.* §., & *l.* 1. *pr. ad L. Corn. de sicar.* Mirum videri potest, quod eadem pœna sit homicidis constituta, atque iis, qui occidendi animo cum telo ambulent, quum tamen conatus solus ordinaria pœna non puniatur, excepto conatu veneno aliquem enecandi, quod adsperius sit cum eo agendum, qui per insidias, quam cum eo, qui aperte necem parat, *l.* 1. *pr. &* §. 7. *l.* 3. *pr. h. t.* Verum Sulla tempori suo consuluit, eratque plane æquum in summa cædium frequentia ea adsperitate Reip. malo occurrere. Cic. *pro Mil. c.* 4. *l.* 7. & 14. *eod.* Cæterum jam antea vetitum Romæ cum telo intra Urbem ambulare. Plaut. *Aulul. act.* 3. *sc.* 2. *v.* 2.

EU. Quia ad Tresviros jam ego deferam tuum nomen. CON. *Quamobrem?*
EU. Quia cultrum habes. GON. *Cocum decet.*

Hoc etiam loco Tribonianus pœnam suo tempore usitatam legi Corneliæ adscribit, Paulus enim *lib.* 5. *Sent. tit.* 23. §. 1., *Lex*, inquit, *Cornelia pœnam deportationis infligit*. Sed & Paulus deportationem adscribit legi Corneliæ, cujus tempore ignota deportatio, ut colligere est ex dictis ad §. 1. *tit.* 12. *lib.* 1. Et bene Cujacius ad Paulum scribit, legis Corneliæ pœnam fuisse aquæ &

---

se cultrum recurvum, & inflexum Persici acinacis longitudine ex Cic. in Catilin., Suet. apud Isid. 18. *Ætym.* 15., *& Josepho lib.* 20. *Antiqu.* 7. *adstruit Brissonius* 2. *Select.* 11. *Sed producta vocabuli significatione homicidæ omnes dicti Sicarii. Quintil.* 10. *Inst.* 1.

(f) Telum, *inquit Cajus l.* 233. §. 2. *de V. S.*, vulgo quidem id appellatur, quod ab arcu mittitur. Sed nunc omne significatur, quod mittitur manu. *Idem habet Nonius*, Tela etiam lapides dici posse, auctoritas docuit, & omnia, quæ jaciuntur. *Et generaliter, ubi de lege Cornelia agitur, omne armorum genus, & quodlibet instrumentum nocis* teli *nomine continetur non ex vi nominis, sed ex sententia legis*. Telorum appellatione, *verba sunt Pauli* 5. *sent.* 23. §. 7. non tantum ferrum continetur, sed omne, quod nocendi caussa portatum est, *vel, ut Rittershusius mavult*, paratum est. *Græca verba, quæ Tribonianus in hunc §. infernit, belle enarrat, perpenditque Albericus Gentilis ad d. l.* 233. *de V. S.*, *quem vide.*

& iguis interdictionem, cujus vice successit deportatio. Sed legis pœna sub Imperatoribus adsperior facta, teste quumprimis Paulo *ibidem*, *Quæ omnia facinora in honestiores pœna capitis vindicari placuit: humiliores vero aut in crucem tolluntur, aut bestiis objiciuntur*. Verum ne cum Paulo pugnare videatur Modestinus *l. 16. h. t.*, ubi viros *in honore aliquo* (g) *positos* ob cædem factam *deportari solere* ait; illud adverte, quos Modestinus *in honore positos* appellat, non eosdem esse cum iis, qui honestiores dicuntur Paulo. *In honore positi*, quos Paulus omittit, quosque *honestiore loco positos*, & *altiores* dicit Marcianus *l. 3. §. pen.* sunt Magistratus, viri Civitatis principes, Decuriones (*h*), qui curiæ suæ Senatores appellantur, *l. 33. C. de Decur. lib. 10.* Virum in honore positum decreto Imperatoris, quod neci hominem dedisset, deportatum narrat Lucianus *Toxarid.*, ubi verbum ἀνεπιμεθη latine reddendum, *deportatus est*, non, ut minus proprie Luciani Interpres, *relegatus est*. Quos vero Paulus *honestiores* appellat, Modestinus *secundo gradu esse* inquit, ibi, *Qui secundo gradu sunt capite puniuntur*. Denique *humiliores* intelligit Paulus, qui de fœce sunt populi; atque hi vel bestiis objecti, vel in crucem sublati, maxime si latrocinari consueverint, Petron. *Satyr. c. 3.*, Senec. *ep. 7. l. 28. §. 15. de pœn.*, ubi pro *cruce* Tribonianum *furcam* substituisse suspicatur Rævardus 1. *Conjectan. 16.*, abrogata, quod Sozomenus tradit *1. Hist. 8.* per Constantinum inter Christianos in Christi obsequium pœna crucis. Ex hac Rævardi conjectura restituendus Marciani locus *d. l. 3.*, *Humiliores solent vel bestiis subjici*, scripserat enim Marcianus, *vel in crucem tolli*, *vel bestiis subjici*: sed Tribonianus, qui ea omiserat, *vel in crucem tolli*, omittere etiam debebat alterum *vel*, quod nunc male abundat. Quod de sicariis, idem de veneficis cautum, nempe de iis, *qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis, homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint*, *h. §.* Pertinet huc Senatusconsultum de *malis sacrificiis*, quod legi Corneliæ accessit *l. 13. h. t.*, & locus Pauli *5. sent. 23. §. 15.* *Qui sacra impia, nocturnave, ut quem obcantarent, defigerent, obligarent, fecerint, faciendave curaverint, aut cruci suffiguntur, aut bestiis objiciuntur*: quem locum illustrant Cujacius, & Schultingius. Tempore Triboniani sicariorum, & maleficorum nullo discrimine pœna erat ultor gladius, *h. §.*

§. VI. Quartum publicum crimen est *Parricidium*, adsperrimum sane crimen, & *ultimum nefas*, ut Seneca inquit *1. de Clem. 23.* Nullam parricidio pœnam imposuisse dicitur Solon, id neminem facturum ratus, uti eum ea de re interrogatum respondisse, tradit Cic. *pro Rosc. Amer. c. 25.* Nulla quoque parricidii pœna in legibus Romuli. Plut. *in Rom.* Hinc Quintil. *decl. 299.* *Citerior*, inquit, *est pœna, quam scelus*. At in legibus 12. Tab. ejus pœna culleus. Auctor ad *Heren. lib. 1.* Val. Max. *lib. 1. c. 1. §. 13.* Festus *v. nuptias.* Modestinus *l. 9. ad L. Pompejam de parricid.* Eam primus sensit an. Urb. 680. Publicius Malleolus. Liv. *Epit. lib. 68.*; etsi enim M. Tullium Duumvirum Tarquinii Regis jussu culleo insutum, dejectumque in mare, auctor sit Val. Max.

(g) *Gerardus Noodt 1. Obs. 1.* pro aliquo *mavult legi* alto. *Sed Codices obstant, nec quidquam caussæ est, cur quidquam mutemus.*

(h) *De Decurionibus subobscure loquitur Modestinus d. l. 16. Sed vide Ant. Schultingium ad Paul. ibid.*

Max. *ibid.*, haud tamen fuit Duumvir parricidii reus; subditque Valerius, *Idque supplicii genus non multo post parricidis lege* (12. tab.) *irrogatum est*. De parricidis etiam aliquid a Sulla cautum lege Cornelia, ut dictum §. *praeced.* Sequuta est eam Lex Pompeja, de qua Trib. h. §. De hujus legis auctore non liquere, ait Ant. Augustinus *de Nom. prop. Pandect.*; sed forte is fuit Pompejus, qui an. Urb. 698. Consul cum Crasso fuit. Praeterea de parricidiis constituta quaedam ab Hadriano *l. 9. ff. h. t.* Paulus 5. *sent.* 24. Dosithe. *lib.* 3., & Constantino *l. un. C. de his, qui par. vel lib. occid.* Culleus erat saccus de corio *lupino*, ut Auctor ad Herennium inquit, quo obvolvebatur, & obligabatur parricida cum cane, gallo, vipera, & simia in profluentem devehendus, *l. pen. h. t.* Cic. & Val. Max. *ibid.* Cur autem placuerit, ut parricida eas bestias haberet comites, explicat Gothofredus ad *l. 9. h. t.*, quem vide. *Serpentem* quoque additum, tradidere Senec. 1. *de Clem.* 23. Juven. *sat.* 8. *v.* 214. & vetus interpres Anianus ad *l. un. C. h. t.* Antequam culleo insueretur, parricidam *virgis sanguineis* verberatum, scribit Modestinus *d. l. 9.*, ubi male pro *sanguineis* legit *sagmineis* Corasius 1. *Miscell.* 5., quum quia sic habent omnes Codices, tum quoniam non est credendum, voluisse Romanos parricidarum corpore sagmina sacram herbam contaminare. V. Turneb. 2. *Adversf.* 23. Lex 12. tab. de eo cavit, qui *parentem suum* necasset, ut loquitur Auctor *ad Heren.* Cornelius Sulla eadem poena retenta (nam post eum cullei est mentio apud Tullium *loc. cit.*) ad alios etiam cognationis gradus parricidii poenam produxit: ad alios etiam Pompejus; cavisse enim eum scribit Marcianus *l. 1. h. t.*, ut parricidii reus esset, qui *patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patruelem, matruelem, patruum, avunculum, amitam, consobrinum, consobrinam, uxorem, virum, generum, socrum, vitricum, privignum, privignam, patronum, patronam occiderit, cujusque dolo malo id factum erit*. Eadem quoque lege teneri voluit *matrem, quae filium filiamve, & avum, qui nepotem occiderit, & praeterea qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare*. Nunc de poena legis Pompejae videamus. Eam fuisse culleum scribit h. §. Tribonianus. Verum Franciscus Duarenus ad tit. *ff. de L. Pomp.*, & Jacobus Cujac. ad Paul. 5. *sent.* 24. Tribonianum ajunt legi Pompejae adscripsisse poenam cullei a Constantino restitutam, *d. l. un.*, legis vero Pompejae poenam fuisse non aliam, quam quae fuit poena legis Corneliae de Sicariis sublato cullei usu. Videtur hanc opinionem confirmare Marcianus *d. l. 1.*, ubi lege Pompeja caveri ait, ut qui patrem, matrem, & alios eo loco descriptos occiderit, *ea poena teneatur, quae est legis Corneliae de Sicariis*. Gerardus Noodt 1. *Prob.* 11. suspicatur, Marcianum in explicanda lege Cornelia de parricidiis occupatum facile potuisse ad vicinum nomen Corneliae de sicariis aberrare. Hinc legit, *ea poena teneatur, quae est legis Corneliae de parricidiis*. Heineccius *Antiq. ad h. t.* non esse inquit opus emendatione, nam potest Marcianus accipi de iis, qui remotiores cognatos vel adfines occiderint, ad quem modum distinguit etiam in fine h. §. Tribonianus, *Si quis autem alias cognatione vel adfinitate personas conjunctas necaverit, poenam legis Corneliae de sicariis sustinebit*. At vero Heineccium Marciani locum legere pertaesum certe, nam si vel cursim legisset, is vidisset plane, scriptum eo loco, qui *patrem, matrem, avum, aviam occiderit, ea poena teneri, quae est legis Corneliae de sicariis*. Quod addit Heineccius, quum lex Cornelia de sicariis parricidas etiam persequuta sit, & quidem veteri poena cullei, ut modo dicere occupavimus, nihil esse opus emendatione; id quidem bono interprete dignum est. Culleum post jam latam Pompejam legem meminere Senec. & Ju-

& Juven. *loc. cit.* Xiphilin. in Neron., & alii satis multi. Cullei pœna nullo discrimine ad Hadrianum stetit. Hadrianus primum ita cullei pœnam servari voluit, *si mare proximum esset*, alioqui parricidam bestiis objici constituit. Modestinus *l. 9. h. t.* Post Hadrianum videtur prorsus ea pœna in desuetudinem abiisse. Tandem eam restituit Constantinus *d. l. un.*; sed eos tantum culleo puniri voluit, qui in recta linea occidissent. V. Nerium 1. *Analect. 30.* Ad hanc sententiam loquutus videtur Tribonianus *h. §.*, ubi pœnam cullei in eum constituit, qui *parentis aut filii, aut omnino affectionis ejus, quæ nuncupatione parricidii continetur fata properaverit*. Ita legendum ex *d. l. un.* Minus recte vulgata habet, *adfinitatis ejus, quæ nuncupatione parentis continetur, fata præparaverit*. V. Hot. & Charond. In eum vero, qui alios necaverit, pœnam constituit legis Corneliæ de sicariis.

§. VII. Quintum publicum crimen est *Falsum*, quod vindicavit lex Cornelia rogante C. Sulla an. Urb. 673. ad populum lata. Ante eam legem certe idem leges aliæ præstiterunt, quarum tamen memoria interciderat, unde Cicero 1. *in Ver. 42.* Cornelia lege *non jus aliquod novum constitutum esse populo* inquit, *sed sancitum, ut, quod semper malum facinus fuerit, ejus quæstio ad Prætorem pertineret ex certo tempore*. Eam Cicero ibidem *testamentariam nummariam* vocat; nam uno capite de testamentis falsis, altero de numis adulterinis egit *l. 2. §. 32. de O. J.*, *l. 9. ad L. Corn. de fals.*, quo factum, ut nonnulli Legum Romanarum collectores duas Cornelias leges perceusuerint, testamentariam unam, alteram numariam. Prius caput est apud Paulum 4. *sent. 7.*, *Qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, pœna legis Corneliæ de falsis tenebitur*; ubi quatuor illa, *scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit* ad falsa: quæ vero sequuntur, ad vera pertinent testamenta. Resignare est signa auferre, ac proinde aperire, ut in §. 4. *de test. mil. lib. 2.*; *l. 23. qui test. fac.* Pœnam Legis ait Paulus esse deportationem in insulam. Tu sic habe, aquæ & ignis interdictionem fuisse lege Cornelia expressam, pro qua Paulus, ut erat ratio sui temporis, deportationem expressit. V. dicta ad §. 5. *h. tit.* Tribonianus pœnam Legis esse inquit *in servos ultimum supplicium, in liberos deportationem*. Accesserunt Senatusconsulta, & Constitutiones nonnullæ, quibus aliæ falsi species adjectæ. Pertinet huc egregius Ulpiani locus in Collat. *tit. 8. §. 7.* *Factum est Senatusconsultum Statilio & Tauro Consulibus*, (præstat legere cum Pithœo, & aliis, *Statilio Tauro, & Scribonio Libone Coss.*, nam unus idemque est Statilius ac Taurus) *quo pœna legis Corneliæ irrogatur ei, qui quid aliud quam testamentum sciens signaverit, signarive curaverit. Item qui falsas testationes faciendas, testamentave falsa* (malunt nonnulli, *testimonia*, ut in *l. 1. ff. eod.*, alii retinent *testamenta* eodem sensu, quo illi *testimonia* reponunt: qua de re amplius deliberandum) *invicem dicenda, aut consignanda dolo malo curaverit. Licinio V. & Tauro Coss.* (legunt quidam, *& Calpurnio*, quem fuisse Licinii collegam ex Tacito constat 4 *Annal. 62.*; alii Taurum suffectum Consulem fuisse suspicantur) *item qui ob struendam advocationem, testimoniaque pecuniam acceperit, pactusve fuerit, societatem coierit, aut aliquam delationem interposuerit. Item si quis coierit ad occisionem* (alii *obligationem*, alii *obloquutionem*, alii *accusationem*. V. Pithœum, & Schulting. ad *h. l.*, & Bynkers. 3. *Obs. 19.*) *innocentium, Senatusconsulto, quod Cotta & Messala factum est, coercentur. Sed & si quis ob venundandum, vel denudandum non remittendumve testimonium* (Cujacius emendat, *denunciandum, vel non denunciandum, remittendumve*) *pecuniam acceperit, Scto, quod duobus*

Ge-

Geminis Coss. (C. Fufio Gemino, & L. Rubellio Gemino) *factum sit*, *pœna legis Corneliæ adficitur*. V. Bynkersh. 3. *Obs.* 18. 19. 20. 21. 22., & 4. *Obs.* 21.

§. VIII. Sextum publicum crimen est *Vis publica & privata*. Initio leges de majestate, & sicariis vim, seu publicam, seu privatam vindicarunt. Primus de *vi* lege propria cavit an. Urb. 675. Catulo & Lepido Coss. P. Plautius T.. plebis, a quo lex Plautia de vi. Successerunt duæ Juliæ leges de vi publica & privata, quarum prior Julium Cæsarem jam Dictatorem, altera Augustum habet auctorem. De priore Cicero *Phil.* 1. *c.* 9., nec præter eum alius: de posteriore Tribonianus h. §., ubi ait, vim armatam deportatione, vim sine armis tertiæ partis bonorum publicatione puniri. V. Sigon. 2. *de judic.* 33. Paulus pro tempore suo scribit *lib.* 5. *sent. tit.* 26. vim publicam in humilioribus pœna capitis, in honestioribus insulæ deportatione coerceri: vim vero privatam in honestioribus tertia bonorum parte, & in insulam relegatione, in humilioribus damnatione in metallum castigari ait §. 3.

§. IX. Septimum publicum crimen est *Peculatus*, qui, ut inquit Festus, *dici cœptus est a pecore, quia*, quum vetustissimi Romanorum nihil præter pecus haberent, *ab eo initium ejus fraudis esse cœpit*, vel quia noxii pecore mulctabantur. Plin. *lib.* 8. *c.* 3. Gell. *lib.* 6. *c.* 1. Labeo *lib.* 38. Poster. apud Paulum *l. sacrilegi* 9. *h. t.* peculatum definit, *pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, non ab eo factum, cujus periculo fuit*. Initio crimen hoc frequens erat apud Græcos, apud Romanos autem rarum, teste vel ipso Græco homine Polybio *lib.* 6. *Hist.* Hinc, si quando Romanus Civis reus esset peculatus, nulla certa lege, nullo quæsitore certo, sed extra ordinem ab eo damnabatur, cui Populus eam quæstionem demandaverat, quod patet exemplo Scipionis Africani apud Liv. *lib.* 38. *c.* 56. Quum vero crescente in dies temporum perfidia peculatus Romæ etiam increbresceret, lex de peculatu prodiit, rogante nescio quo, & peculiaris constitutus est Prætor, qui de peculatoribus cognosceret, idque ante Sullana tempora. Sigon. 2. *de Judic.* 28. Tum auctore, ut ajunt, C. Cornelio Tribuno Pl. lata est *Lex de Residuis*, de qua Ascon. Pædian. *in Cornelian. p.* 1311. Accessit denique *Lex Julia de Peculatu*, quam Giphanius ad h. §. Augusto, alii tribuunt Julio Cæsari, quod verosimilius est. *Publica pecunia*, ut ad Labeonis definitionem redeamus, proprie est pecunia Populi Romani. Ulp. *l.* 15. *de V. S.* Sed & idem Ulp. *l.* 17. *eod.* diserte *inter publica* habet, *si quæ sunt Civitatum*. Ad rem Marcianus *l.* 4. §. *ult. ad L. Jul. Pecul. Sed & si*, inquit, *de re civitatis aliquid subripiatur*, (vel *subripiat*, ut est in Florent.) *Constitutionibus Principum Divorum Trajani & Hadriani cavetur, peculatus crimen committi: & hoc jure utimur*. Obstat Papiniani locus in *l.* 81. *de furt.*, ibi, *Ob pecuniam civitati subtractam, actione furti, non crimine peculatus tenetur*. Scholiastes Basilicorum ad *l.* 60. *tit.* 12. *c.* 81. *lit.* 8., & ad *l.* 60. *tit.* 45. *c.* 5. *lit. E.* Papinianum loqui ait de custode, cujus periculo pecunia civitatis fuit; Marcianum vero de extraneo juxta textum in *cit. l.* 9. §. 2. *h. t.* de qua inferius. Eodem quoque modo distinguit Charondas *Not. Marg. ad d. l.* 81., licet se in ea re non sequutum Græcos affirmet. Glossa Latina ad *d. l.* 81., & *l.* 4. §. *ult.* Marcianum de Civitate Romana, Papinianum de reliquis Civitatibus intelligit. Sed nihil est in oppositis legibus, quod aut Scholiasten juvet, aut Glossam. Duaren. *lib.* 2. *Disp. Anniverf. c.* 26., & Jacob. Cujac. ad Papin. *l.* 1. *Resp. ad d. l.* 81. post aliam Glossam in *d. l.* 81. Papinianum ajunt respexisse ad jus, hoc est, ad ipsam legem Juliam, quæ tantum est de pecunia Populi Romani; Marcianum autem ad Constitutiones Trajani & Hadriani, qui legem Juliam ad cujuscumque civitatis pecuniam

produxerunt: nec novum est, ut jus a Constitutionibus separetur, nam, ut de aliis taceam, Edictum *ex quibus caussis majores*, quod erat tantum de Civitate Romana, ad quascumque Civitates porrectum est, *l. legati, ff. ex quib. caus. major.* Fere eadem habet Ant. Matth. ad *tit.* 13. *lib.* 48. *ff. c.* 1. *n.* 5., nempe Papinianum verborum proprietatem sequutum, contra vero Imperatores utilitatem magis, quam vim verborum; constat autem ex Ulp. in cit. *l.* 15. *de V. S.*, *bona civitatis abusive publica* dici, *sola enim ea proprie publica dicenda sunt, quæ Populi Romani sunt.* Verum ego in hanc sententiam adduci non facile patiar, nam Marcianus Papiniano coævus ait, ætate sua sic receptum ex Constitutionibus Trajani & Hadriani, uti, si quis rem civitatis subriperet, crimine peculatus teneretur, ut vix credibile sit, voluisse Papinianum contra Imperatorum Constitutiones ex jure veteri respondere; præcipue quum illud Papiniani fragmentum sit ex libris Responsorum, in quibus non de jure secundum nimiam & miseram proprietatem verborum disputabat, sed ex recepto jure, & prope ex facto respondebat. Aliò se vertunt Jacobus Rævard. *lib.* 2. *Var. c.* 19., & Petrus Fab. *lib.* 1. *Semestr. c.* 22: ajunt enim, Marcianum loqui *de re Civitatis*, Papinianum *de pecunia*. At non video, quid distent *res* & *pecunia Civitatis*. In his angustiis placet ad antiquum exemplar confugere, ubi sic scriptum refert Alciat. *lib.* 1. *Dispunct. c.* 3. *Ob pecuniam Civitati subtractam actione furti, nec non crimine peculatus tenetur*. Quod si Alciati fidem in dubitationem adducas, quod facit Bynk. *lib.* 4. *Obs. c.* 3., non erit abs re particulam, *non*, apud Papinianum pro *non tantum* accipere, ut accipit laudato loco Bynk., quæ loquutio multis Jurisconsultorum exemplis confirmatur, *l. lex Cornelia* 5. §. *demum* 2. *ff. de injuriis*, *l. unic.* §. *quod si* 4. *ff. furti advers. naut. caup. stabul &c.* Neque obstat, quod opponebat Alciato Johannes Robert. *lib.* 2. *recept. lect. c.* 2. non posse cum peculatu actionem furti conjungi præcipue ob textum in *l.* 5. *h. t.*, & *l.* 7. §. 1. *ff. de injuriis*; nam in *l. un. Cod. quando civ. act. crim. præjud.* actio furti & judicium legis Fabiæ concurrunt. Præterea judicio legis Juliæ tenetur, qui *in aurum, argentum*, aut *æs publicum* aliquid *indit*, aut *immiscet, quo id pejus fiat*, *l.* 1. *h. t.*, qui *cum in moneta publica operatur, extrinsecus sibi signat pecuniam forma publica, vel signatam furatur*, *l. sacrilegii* 6. §. 1. *eod. Extrinsecus*, hoc est, præter eam, quam ad publicum usum faciunt; in publica tamen officina; si enim privatim id faciat, falsi tenetur, *l.* 2. *C. de fals. monet.*, qui *ex metallis Cæsarianis aurum argentumve furatus fuerit*, *d.* .. 6. §. *ult.*, qui *tabulam æneam*, alias *æream leges*, alias *legis, formamve agrorum* (militibus adsignatorum. Cujac. 20. *Obs.* 2.) *aut quid aliud continentem refixerit, vel quid inde immutaverit, deleverit, induxerit*, *l. qui tabulam* 8. *ff. h. t.*, qui *in tabulis publicis minorem pecuniam, quam quid venierit, aut locatum fuerit, scripserit, aliudve quid simile commiserit*, *l. hac lege, ff. eod.* qui *injussu ejus, qui ei rei præerit, tabularum publicarum inspiciendarum, describendarumque potestatem fecerit*, *l. sacrilegi* 9. §. *Senatus, eod.*, qui *prædam ab hostibus captam subripuit*, *l. pen. h. t.*, qui *ex publicis rationibus mutuam pecuniam dedit, vel accepit*, *l.* 1. & 2. *C. de his, qui ex publ. ratiocin.*, qui facit, ut quis publicam pecuniam auferat, quique furanti sinum præbet, *l.* 1. & 6. *ff. eod.*, & *l. unic. C. eod.* Interdum tamen privata etiam pecunia peculatum facit, *ut, si quis, quod fisco debetur, simulans se fisci creditorem acceperit*, *l. sacrilegi* 9. §. *eodem, ff. h. t.* *At peculatus nequaquam committitur, si exigam ab eo pecuniam, qui & mihi & fisco debet*; præveniendo enim non peculor, etsi privilegium fisci faciat, ut exacta pecunia reddatur, *l. peculatus*

tur 12. *eod.*, *l.* 5. *C. de primil. fisc.*, *l. deferre* 18. §. *ult. de jur. fisc.* Contra nonnunquam pecunia publica peculatum non facit, puta si is pecuniam intervertat, cujus periculo fuit, *d. l.* 8. §. *adeo*, & §. *is autem*, *ff. h. t.*, nam eo ipso, quo quis pecuniæ periculum in se suscipit, quasi cum eo deciditur de peculatu, ut bene Ant. Matt. *loc. cit.* Ad peculatum autem non tantum pertinet non modo publicæ rei, sed & rei sacræ furtum, ut in definitione Labeonis est, atque hoc proprie sacrilegium est. Quid si privata res in Ecclesia deponatur? & ejus rei furtum non esse sacrilegium ait Martian. in *l.* 5. *h. t. Divi Severus & Antoninus Cassio Festo rescripserunt, res privatorum si in ædem sacram depositæ, surreptæ fuerint, furti actionem, non sacrilegii esse.* Idemque confirmat idem Marcianus in *l.* 4. *pr.*, & Paulus in *l.* 9. §. 1. & 2. *eod.*, ubi *rei sacræ* mentio est. Obstat Saturninus in *l.* 16. §. 4. *de pœnis*, ibi: *Locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium fit, & capite luendum, vel minore supplicio.* Putat Cujacius, ea de re disputatum olim fuisse inter Jurisconsultos, disputationem vero sustulisse Constitutione sua Severum & Antoninum. V. Cujac. *l.* 13. *Obs. c.* 19., & Ant. Matt. *ibid. c.* 3. Verosimilius Bynk. *lib.* 1. *observ.* 8. hanc esse ait Saturnini sententiam, *ob locum subreptionis esse furtum aut sacrilegium, ut qui rem sacram furtum facturus, ex domo locoque privato abstulit, in quo forte inveniebatur, fur sit dumtaxat, quia non simpliciter, qui quid sacri abstulit, lege Julia tenetur, verum is demum, qui dolo malo, l.* 1. *ff. h. t. hoc est gnarus rem, quam surripiebat, esse sacram: quod in eo, qui ex loco non sacro abstulit, præsumi nequit, quum eo furandi animo, non legendi sacra veniatur. Igitur furti tenebitur, d.* §. 4. Sin vero eandem rem sacram ex loco sacro surripuisset, quia & sacra erat, & sciri debuit, in loco sacro esse solere sacra, utique sacrilegus est: *d. l.* 16. §. 4. Huc facit locus Auctoris ad Herenn. *l.* 1. *c.* 22. *Si quis peculatus accusatur, quod vasa argentea publica de loco privato dicatur sustulisse, posset dicere, cum definitione sit usus, quid sit furtum, quid peculatus, secum furti agi, non peculatus oportere.* Verum Canones sacrilegium esse ajunt furtum rei non sacræ, quæ tamen de loco sacro aufertur. Johan. 8. *c.* 21. *causs.* 17. *q.* 4. ibi, *Sacrilegium committitur auferendo sacrum de sacro, vel non sacrum de sacro, sive sacrum de non sacro.* Quod tamen eo sensu intelligunt nonnulli, si res privata loci sacri tutelæ concredita sit. Hujus etiam criminis reus est, qui Divinæ legis sanctitatem aut nesciendo confundit, aut negligendo violat, *l.* 1. *Cod. de crimine sacrileg.* Divinam legem intelligit hic Duarenus Principum Constitutiones. Sed quamquam Imperatoriæ leges & sacræ, & Divinæ dicantur, *l.* 9. *C. de leg.*, *l. pen. & ult. C. si cont. jus vel util. publ.*, & pro sacrilegis habeantur, qui eas violant, *l.* 3. *C. h. t.*, *l.* 5. *C. de div. rescript.*, *l.* 1. *C. ut dign. ord. serv.*, verosimilius tamen est, in *d. l.* 1. Divinam legem esse ipsam Dei legem, ea enim *l.* 1. *in Cod. Theod.* posita est sub tit. *de Episc. & Cler.* *l.* 25. Hinc sacrilegi sunt *blasphemæ*, *hæretici*, *apostatæ*, *l.* 4. §. *ult.*, *l.* 8. §. 2. *C. de hæret.*, *l.* 1. & 4. *C. de apost.*, & qui reos ad Ecclesiam confugientes sua auctoritate abstrahunt, *l.* 2. *C. de his, qui ad Eccl.*, & qui intra eam Provinciam, unde ortum ducunt, aliquod officium administrandum suscipiunt, *l. ult. C. h. tit.*; videntur enim hi sanctitatem legum in discrimen adducere ob gratiam aut concivium, aut consanguineorum.

§. X. Septimum publicum crimen est *Plagium*, quod lex Fabia incerti auctoris ac temporis vindicavit. Ejus meminit Cic. *pro Rabir.* 3. Reus plagii est, qui Civem Romanum ingenuum, libertinum, servumve alienum dolo malo celat, vendit, vincit, comparat, quive in eam rem socius est, *tit. ff.*

 de

	ERRATA	CORRIGE.
p. 8.	stirpem.	stipem.
p. 63.	non fuisse.	fuisse.
Ibid.	pro re corporali experitur is, qui possidet: pro re incorporali is etiam qui non possidet.	pro re corporali experitur is, qui non possidet: pro re incorporali is etiam qui possidet.
p. 82.	Lenonem.	Leonem.
p. 90.	publicæ.	publice.
p. 99.	taxativa.	taxativas.
p. 102.	*l. 18. Cod. div. hæn.*	*l. 18. com. div.*
p. 103.	res gesta est. Negociorum.	res gesta est; negociorum.
p. 129.	alteram proponis.	alteram proponit.

Levioribus mendis Lector ignoscat.

